البـــــــاب الأول

قسم الدراسة

وفيه ثلاثة: فصول

الفصـــــل الأول

اليمن في عصر المؤلـــف(ابن بهران)

وفيه خمسة مباحث :

المبحث الأول: الحالة السياسية.

المبحث الثاني: الحالة الدينية.

المبحث الثالث: الحالة الاجتماعية.

المبحث الرابع: الحالة الاقتصادية.

المبحث الخامس: الحالة العلمية والثقافية.

المبحث الأول

الحـــالة السياسيـــة

في الفترة التي عاش فيها العلامة ابن بهران من بداية مولده(٨٨٣ هـــ إلى وفاته عام ٩٥٧هـــ) كانت اليمن خاضعة لحكمين، فالمناطق الداخلية أو العُلوية تحت حكم الأئمة الزيدية، والمناطق السفلية جهات تهامة، أو ما يسمى باليمن الأسفل، تحت حكم الدولة الطاهرية، فأما الحاكم من الأئمة الزيدية في ذلك الوقت فكان الإمام الهادي عز الدين بن الحسن بن المؤيد حيث دعا الناس إلى مبايعته فبايعوه في تاسع شوال سنة (٨٧٩ هـــ)، فملك أكثر بلاد الزبدية إلا القليل، واستمرت إمامته إلى أن مات في شهر رجب سنة (٩٠٠ هـــ)[1]، وقام بأمر الإمامة بعده ابنه الإمام الناصر لدين الله، الحسن بن عزالدين، المتوفى سنة (٩٢٩هـــ)، وكان إماماً عالماً جامعاً، قال به أكثر علماء زمانه، إلا أن أتباعه تحولوا عنه، وتابعوا الإمام الوشلي، محمد بن علي بن محمد السراجي، الذي عارضه ودعا في أيامه إلى نفسه سنة ٩٠٠هـــ، وبايعه جماعة من علماء الزيدية، وأجابه كثير من الرعية، وفتح مواضع ووقعت بينه وبين السلطان عامر بن عبد الوهاب[2]- الذي كان حاكماً لليمن الأسفل و تهامة - حروب كان في آخرها استيلاء السلطان عامر على صنعاء وأسر الإمام الوشلي وسجنه حتى فرج الله عنه بالموت بعد ثلاثة أشهر سنة (٩١٠هـــ) [3]، وفي سنة (٩١٢هـــ)، كان الإمام شرف الدين في الظفير[4] قد دعا إلى نفسه فبايعه العلماء والأكابر، وتلقاها أهل جبال اليمن بالقبول، وكانت بينه وبين السلطان عامر بن عبد الوهاب مجاولات ومصاولات، وفي هذه الفترة كانت السفن البحرية البرتغالية النصرانية تمارس القرصنة في المحيط الهندي، فكانوا ينهبون السفن العربية والهندية ويغرقون بحارتها من أجل احتكار التجارة العالمية والسيطرة على طرقها، ثم حاولوا الاستيلاء على عدن في مجرم سنة

1- البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع للإمام العلامة محمد بن علي الشوكاني المتوفى سنة١٢٥٠ - دار المعرفة - بيروت. (ج١/ص٤١٥).

2- هو عامر بن عبد الوهاب بن داود بن طاهر القرشي الأموي، الملقب بالملك الظافر، صلاح الدين: آخر سلاطين اليمن من بني طاهر.ولي بعد وفاة أبيه (سنة ٨٩٤ هـــ).كان شديد الشكيمة بطاشا، أقام في زبيد، واستولى على سنة.، وامتد سلطانه في جميع اليمن، وهاجمه جيش من الترك، يقوده أمير اسمه حسين (كان أرسله السلطان قانصوه الغوري صاحب مصر لدفع الإفرنج عن اليمن) فنشبت بين حسين وعامر حروب كثيرة انتهت بمقتل الظافر عامر، في جبل (نقم) بقرب صنعاء.عام ٩٢٣ هــ وبه انتهت دولة بني طاهر، ومدتهم نحو ٦٣ سنة . الأعلام للزركلي - (٣ / ٢٥٣).

3- بلوغ المرام في شرح مسك الختام فيمن تولى ملك اليمن من ملك وإمام (ص ٥٦)للقاضي حسين بن أحمد العرشي – دار إحياء التراث العربي – بيروت – لبنان و البدر الطالع ج٢/ص٢١٣. وهجر العلم ومعاقله للقاضي إسماعيل بن علي الأكوع دار الفكر المعاصر – بيروت – لبنان –ط١ / ١٤١٦هـــ ١٩٩٥م، (ج٣/١٦٢٢).

4- الظفير: جبل وبلدة في الجهة الشمالية من حجة بمسافة ١٧ كيلو متر، وهي من الهجر العلمية القديمة التي كان يقصدها الطلبة، وشهدت العديد من الملاحم العظيمة بين الأتراك وأهل اليمن، وفيها قبر الإمام المهدي أحمد بن يحيى المرتضى، المتوفى سنة ٨٤٠هـــ ينظر حاشية مطلع البدور ومجمع البحور - (١ / ٣٤٦).

٩١٩هـ الموافق ١٤٩٩م ولكنهم فشلوا في ذلك بسبب مقاومة الأهالي لهم بقيادة أمير عدن (مرجان الظافري)أحد موالي بني طاهر وكان بها أميراً من قبل السلطان عامر بن عبدالوهاب الطاهري كما حاولوا الاستيلاء على مدينة الشحر ولكنهم واجهوا مقاومة شديدة من الأهالي ذهب ضحيتها عشرات من الشهداء كما حاول البرتغاليون الاستيلاء على بعض المدن والجزر اليمنية على ساحل البحرين العربي والأحمر مثل سيحوت والمخا والحديدة واللحية وميدي وجزر كوريا وموريا وكمران ، وأما جزيرة كمران فقد احتلوها ، وأقاموا بها من أوائل صفر سنة (٩١٩هـ) إلى ١٥ جمادي الأولى من السنة نفسها فخرجوا منها ثم خرجت طائفة من الجراكسة[١] إلى سواحل اليمن في سنة ٩٢١ هـ لمقاتلة الإفرنج[٢] الذين في البحر يتخطفون مراكب المسلمين، فكاتبوا السلطان عامر بن عبد الوهاب أن يعينهم بشيء من الميرة[٣] فامتنع عامر فدخلوا بلاده ومعهم البنادق، ولم يكن لأهل اليمن بها عهد إذ ذاك، فبعث إليهم جيشا كثيرا من أصحابه وهم في قلة فوقع التلاقي، فرمى الجراكسة بالبنادق، فلما سمع جيش عامر أصواتها ورأوا القتلى منهم، فروا فتبعهم الجراكسة يقتلون كيف شاؤا، ثم فر منهم عامر وتبعوه من مكان إلى مكان، حتى وصل إلى قريب من صنعاء فقتلوه، وبه انتهت دولة بني طاهر، ثم دخلوا صنعاء ففعلوا أفاعيل منكرة، ثم خرجوا قاصدين للإمام شرف الدين، فوقع الصلح على أنهم يبقون في صنعاء، والإمام يبقى في ثلا[٤] واشترطوا ملاقاة الإمام فأشير عليه بعدم ذلك، لما جبل عليه الجراكسة من الغدر والمكر ففعل، فلما علموا ذلك عادوا إلى القتال، فلم يظفروا بطائل، ثم في خلال ذلك بلغهم قتل سلطانهم قانصوه الغوري[٥] صاحب الروم، فرجعوا ولكن قد عبثوا باليمن، وقتلوا النفوس، وهتكوا الحرم، ونهبوا الأموال، وبعد ذلك دانت صنعاء وبلادها، وصعدة وما بينهما من المدن، بطاعة الإمام، ثم إن الإمام غزا إلى بلاد بني طاهر، فافتتح التعكز[٦] وقاهرة تعز وحراز، ثم استفتح جازان وبلاد أبى عريش وسائر الجهات التهامية،

1- هم الأجناد المصرية المتوجهة إلى اليمن باسم السلطان قانصوه الغوري صحبة أميرها الحسين (بلوغ المرام في شرح مسك الختام للعرشي ص ٥٨).

2- هم الروم، والروم جيل من الناس معروف، كالعرب والفرس والزنج وغيرهم. تهذيب الأسماء واللغات (١ / ١١٣٦) للعلامة أبى زكريا محيي الدين بن شرف النووي المتوفى سنة ٦٧٦ هـ-تحقيق مصطفى عبد القادر عطا.

3- الطعام يمتاره الإنسان.الصحاح للجوهري، لإسماعيل بن حماد الجوهري (ت٣٩٣هـ) دار العلم للملايين- بيروت.ط٤/ ١٩٩٠م. (٣ / ٣٨٥)

4- ثلا بالضم حصن من حصون اليمن. يبعد من صنعاء عدة كيلومترات .معجم البلدان (٢ / ٨٢)بتصرف.

5- هو قانصوه بن عبد الله الظاهري الملقب بالملك الاشرف: سلطان مصر. جركسي الأصل، مستعرب، خدم السلاطين، وولي حجابة الحجاب بحلب.ثم بويع بالسلطنة بقلعة الجبل (في القاهرة) سنة ٩٠٥ هـ، وبنى الآثار الكثيرة، وتوفي سنة ٩٢٢هـ الأعلام للزركلي - (٥ / ١٨٧).

6- حصن على الجبل مطل على مدينة جبلة. معجم البلدان - لياقوت بن عبد الله الحموي أبي عبد الله- دار الفكر – بيروت (٢ / ١٠٦).

ثم حصل بين الإمام وولده المطهر[١] بعض مواحشة لبعض الأسباب، على إثرها نشبت حرب بينهما كانت من أعظم أسباب استيلاء الأتراك على كثير من جهات اليمن، ثم حصل نوع من الاستقرار بعد ذلك [٢] .

1- هو الأمير المطهر ابن الإمام شرف الدين بن شمس الدين ملك اليمن وابن أئمتها المشهور بالشجاعة والحزم والإقدام،كان من أعظم الأمراء مع والده الإمام ، إلا أنه سعى بعض أعداء الإمام بينه وبين ولده هذا الهمام بما أوجب تكدر خاطر كل واحد منهما على الآخر ثم آل الأمر إلى أن أعطى الإمام ولده جميع ما شرطه لنفسه واستولى على كثير من معاقل اليمن ومدائنها لا سيما بعد موت والده، وجرت بينه وبين الأتراك ملاحم عظيمة نال منهم ونالوا منه و وتوفى سنة ٩٨٠ ثمانين وتسعمائة. (البدر الطالع ج٢/ص٣٠٩).

2- البدر الطالع (ج١/ص٢٧٩) والثناء الحسن على أهل اليمن لمحمد بن عبد الملك المروني- دار الندى – بيروت – لبنان الطبعة الثانية ١٤١١هـ ١٩٩٠م، (ص ٢٧٢).

المبحث الثاني

الحـــالة الدينيـــة

لقد كانت اليمن مثل بقية البلدان متبعاً في بداية الأمر ما صح من الدليل بدون أخذ آراء الآخرين وأقوالهم، وبعد أن انتشرت المذاهب كان أول مذهب دخل وظهر في اليمن هو المذهب الحنفي نسبة للإمام أبي حنيفة المتوفى سنة(١٥٠هـ)[١]، ثم المالكي نسبة للإمام مالك المتوفى سنة (١٧٩هـ)[٢]، ثم الشافعي، ثم الزيدي، ولم يكن لبقية المذاهب الأخرى أي أثر إلا أن المذهبين الحنفي والمالكي تلاشيا من اليمن، واستقر وانتشر المذهبان الشافعي والزيدي، والذي يظهر أن المذهب الشافعي انتشر في المناطق الساحلية الجنوبية والغربية والشرقية، والمذهب الزيدي انتشر في المناطق الجبلية الشمالية لصنعاء، وكانت بداية دخول المذهب الشافعي والذي ينتسب إلى مؤسسه الإمام محمد بن إدريس الشافعي المتوفى سنة (٢٠٤هـ)[٣] بدخول الشافعي اليمن سنة (١٨٤هـ)، ولم يعرف مذهبه في اليمن إلا بعد موته حيث تولى تلامذته نشره، حتى صار من أشهر المذاهب في اليمن.

وأما المذهب الزيدي والذي ينتسب إلى الإمام زيد بن علي المتوفى سنة (١٢٢هـ) والذي صاغ نظرية في السياسة والحكم، وجاهد من أجلها وقتل في سبيلها، وكان يرى صحة إمامة أبي بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم جميعاً، ولم يقل أحد منهم بتكفير أحد من الصحابة، ومن مذهبهم جواز إمامة المفضول مع وجود الأفضل، و يميلون إلى الاعتزال فيما يتعلق بذات الله، والاختيار في الأعمال، ومرتكب الكبيرة يعتبرونه في منزلة بين المنزلتين كما تقول المعتزلة، ويخالفون الشيعة في زواج المتعة ويستنكرونه [٤].

وقد دخل المذهب الزيدي اليمن بدخول الإمام الهادي إلى الحق يحيى بن الحسين بن القاسم [٥]بدعوة من قبائل اليمن، وعقدت له الإمامة باليمن عام (٢٨٠هـ)و تشكلت له فرقة زيدية عرفت باسم الهادوية

1-الجواهر المضية في طبقات الحنفية، لعبد القادر بن أبي الوفاء محمد بن أبي الوفاء القرشي أبو محمد، - تحقيق مير محمد كتب خانه – كراتشي (ج١/ص٢٧).

2- الأنساب (ج١/ص١٧٧).

3- الأعلام للزركلي - (٣ / ١٥٢).

4-الموسوعة الميسرة في الأديان والمذاهب والأحزاب المعاصرة - (٢٧ / ١)و سمط النجوم العوالي في أنباء الأوائل والتوالي -للعصامي (٢ / ٣٧٣).

5-هو الإمام الهادي إلى الحق يحيى بن الحسين القاسم المولود بـــ " الرس " سنة خمس وأربعين ومائتين، وقيامه في صعدة من بلاد اليمن سنة ثمانين ومائتين، وقيل سنة أربع وثمانين، ودخل صنعاء في المحرم سنة ثمانين ومائتين في خلافة المعتضد العباسي،فاجتمعت همدان وغيرها من قبائل العرب فأخرجوه من صنعاء ثم رجع إلى صعدة وأخذها، وكان في زمنه قد تغلب علي بن الفضل القرمطي الحميري – الذي أعلن بالكفر والفجور، وأمر بارتكاب كل محرم محذور، فحاربه الإمام الهادي المذكور إلى أن مات بصعدة مسموماً سنة ثمان وتسعين ومائتين. (سمط النجوم العوالي (٢ / ٣٧٣).

انتشرت في اليمن والحجاز وما والاها [١].

وكما أسلفنا الذكر في الحالة السياسية أن اليمن في خلال فترة العلامة ابن بهران كانت تخضع لحكمين حكم الأئمة الزيدية في المناطق الداخلية والشمالية، وحكم بني طاهر في جهات تهامة والمناطق الوسطى والجنوبية، وكل من هؤلاء الأئمة والملوك متبعاً لمذهبه وداعياً له، فساعد هذا على بقاء المذهب الداعي له واستمراره، إلا أن كلا المذهبين متفقان بشكل كامل في العبادات والفرائض سوى اختلافات قليلة في الفروع، لم تكن ذات فرقة بين اليمنيين، ولم ترصد كتب التاريخ أن اليمنيين في عهد ابن بهران -رحمه الله- اقتتلوا فيما بينهم على أساس خلاف فقهي أو عنصري، والله أعلم.

1- الموسوعة الميسرة(٢٧ / ٢).

المبحث الثالث

الحـــالة الاجتماعية

كانت الحياة الاجتماعية في اليمن في القرن التاسع والعاشر غالباً ما تتميز بأن القبيلة هي الوحدة الأساسية في النظام الاجتماعي، حيث تقوم بحماية الفرد من العدوان، وتطالب بدمه إن جنى أحد عليه، ولكل قبيلة رئيس هو سيدها، وهو مرجع الأفراد في إقامة العدل بينهم على حسب عرفهم وتقاليدهم، وتسود أفراد القبيلة فكرة العصبية وكل فرد يتعصب لقبيلته، ويعني يحفظ نسبه ويفتخر به ويحنوا على من يشاركه فيه ويسير على منهج قبيلته سواء أصابت أم أخطأت ومن هذه الظاهرة قول القائل :

وما أنا إلا من غزية إن غوت *** غويت وإن ترشد غزية أرشد

فضلاً على أن القبيلة كان لها دور مهم في الصراعات السياسية التي كانت تنشأ بين الأئمة المتنازعين على منصب الإمامة، أو بين أبناء الأسرة الحاكمة، أو بين القبائل نفسها، أو داخل القبيلة الواحدة، وكانت البيئة الاجتماعية للمجتمع اليمني تتكون من عدة شرائح: شريحة الأمراء والسادة والقضاة ومن في مستواهم، وشريحة العسكر والفلاحين وصغار التجار، والشريحة الثالثة شريحة ذوي الحرف والمهن التقليدية أو التي تقدم خدمات للآخرين، وقد كانت الشريحة الأولى أسمى الشرائح الاجتماعية و أوفرها حظاً من الاحترام والتبجيل فضلاً عن الإمارات والوظائف المهمة في الدولة حيث كانت مقصورة عليهم .

ولقد تباينت العادات والتقاليد المنتشرة بين أفراد المجتمع فكان لكل فئة أو قبيلة عادتها وتقاليدها المعروفة فيما بينهم من جملة ذلك، الاقتصار في الزواج على أسر محددة أو نسب محدد أو مهنة واحدة، إلا أنهم كانوا يشتركون في الكثير من العادات والتقاليد، كالاحتفالات الدينية والفروسية والرماية والسباحة والتنزه وارتياد البساتين، ويذكر أن أهالي زبيد وما جاورها كانوا في موسم نضوج النخل ينزلون إلى سواحل تهامة للسباحة والغوص، والاستمتاع بهواء البحر الطيب الجميل، وكذلك امتلاك الحيوانات والتسلي بها بأنواعها.

كما انتشرت بصورة واسعة كرم الضيافة في الولائم وغيرها، والتعاون والتكافل الاجتماعي أبرزه في الأعراس أو حدوث وفاة أو مصيبة.

ولا شك أن هناك عادات وظواهر خاطئة انتشرت بين الناس بصورة فردية أو جماعية كالقتل والسرقة نتيجة ضعف الوازع الديني والعصبية والظروف المعيشية القاسية [1].

1-ينظر الثناء الحسن على أهل اليمن (ص٣١)و بلوغ الأرب في معرفة أحوال العرب لمحمد شكري البغدادي – دار الكتب العلمي – بيروت (ج١٧/٣).

المبحث الرابع

الحـــالة الاقتصادية

يعد الاقتصاد في أي بلد من البلدان العماد الأساس لبقاء الدولة واستمراريتها، لذا حظي الاقتصاد اليمني بعناية كبيرة في عهد الأئمة والدولة الطاهرية كما يعد العماد الأساس للحياة المعيشية لجميع فئات وطبقات المجتمع، ولأجل ذلك لابد من التعرف على الوضع الاقتصادي في ذلك العصر، ومن هذا الجانب سيكون الحديث عن الزراعة والثروة الحيوانية والصناعة والتجارة بشكل مختصر ونوضح ذلك بالآتي :

أولاً الزراعة:

لقد حبا الله عز وجل اليمن أرضاً خصبة سهلة الزراعة والغرس، لذا عمل اليمنيون منذ القدم في زراعة الأرض، وعمل فيها السواد الأعظم من الناس، كونها مرتبطة بحياتهم ومعيشتهم اليومية، وأصبح قوت أفراد المجتمع من إنتاجهم الزراعي، وقد تنوعت المحاصيل الزراعية التي عرف اليمن بإنتاجها، نتيجة لخصوبة أراضيه، وتعد الحبوب بأنواعها (الذرة والقمح والشعير والدخن والأرز والسمسم) من أهم المنتجات والمحاصيل الزراعية لارتباطها بقوت الناس اليومي، ولقدرتها على البقاء لمدة زمنية أطول بعد تخزينها في مدافن خاصة بها لأوقات الأزمات والشدائد والقحط دون أن تتلف، كما زرع الناس أنواع الفواكه كالعنب والتفاح والسفرجل وأنواع أخرى من الثمار، وكون الزراعة في اليمن تعتمد غالباً على مياه الأمطار فهي غير مستقرة، فتختلف كثرة وقلة من موسم إلى آخر، فعندما تكون الأمطار غزيرة تصلح الثمار، وتزيد المحاصيل الزراعية، وترخص الأسعار، ويعم الرخاء، و العكس عندما تقل، تضعف الثمار، وتقل المحاصيل وتغلو الأسعار ويصيب الناس ضيق شديد وفاقة.

وقد اهتم بعض السلاطين بالجانب الزراعي فحفروا بعض الآبار وشقوا القنوات وأنشأوا سواقي للماء من منابعه إلى حيث يحتاج إليه للشرب والسقي، وبنوا بركاً لجمعه، واستصلحوا بعض الأراضي الزراعية، وغرسوا فيها أشجاراً نافعة كالبن وغيره [1].

1-ينظر نشر المحاسن اليمانية في خصائص اليمن ونسب القحطانية(ص١٢٥،٦٠، ١٨٨). واليمن الخضراء مهد الحضارة للعبيد العراقي تحقيق محمد بن علي الأكوع – إصدارات وزارة الثقافة ١٤٢٥- ٢٠٠٤م (ص ٦٠). واليمن في عيون الرحالة للدكتور عبد الرحمن الشجاع –دار الفكر المعاصر – بيروت – لبنان ط ١/ ١٤١٣هـ ١٩٩٣م، (ص ١٦٨).والحياة الاجتماعية في اليمن رسالة ماجستير لطه حسين عوض (ص ٢٧). و كتاب الحسن بن أحمد الجلال حياته وفكره للدكتور أحمد عبد العزيز المليكي(ص٣٨).

ثانياً : الثروة الحيوانية:

لقد لقيت الثروة الحيوانية عناية كبيرة من قبل أفراد المجتمع اليمني منذ القدم لا سيما الأغنام بأنواعها والأبقار والجمال والحمير والخيول والإبل، التي تعد في ذلك الحين ثروة كبيرة للناس لاعتمادهم عليها في غذائهم ومشربهم ولباسهم، كما شكلت الخيول والجمال أهم وسائل النقل والمواصلات في ذلك العصر في حين كان للخيول والجمال دور كبير في الحروب والمعارك التي كانت تقوم فيما بين القبائل والدولة، لذا امتلكت بعض القبائل أعداد كبيرة من الخيول، واستخدمتها للأغراض العسكرية والحربية بالإضافة إلى الأغراض المدنية.

ثالثاً:الثروة الحيوانية معتمدة على الرعي وهو بدوره معتمد على مياه الأمطار غالباً، فلم تكن الثروة الحيوانية مستقرة، وذلك عندما كانت تكثر الأمطار يزداد الكلأ والعشب، فيزداد الإنتاج الحيواني، والعكس عندما تقل الأمطار فيقل الكلأ والعشب فتهلك كثير من المواشي فيقل الإنتاج الحيواني، إضافة إلى ذلك كانت كثرة الأمطار تؤدي أحياناً إلى نزول سيول عظيمة تسبب خسائر مادية وحيوانية وبشرية جسيمة، وكذلك الجراد حيث كانت في بعض الأوقات تلتهم الثمار والكلأ والعشب، فتقل المحاصيل الزراعية، والإنتاج الحيواني فتغلو الأسعار وتضيق أحوال الناس [1].

ثالثاً: الصناعة:

اليمن مليء وغني بالمعادن والجواهر على اختلاف أصنافها وتنوع أجناسها، فمن ذهب وفضة إلى حديد ونحاس، إلى زجاج ورصاص، والملح بأنواعه والفحم وغيره، كما توجد فيه الأحجار الكريمة، والأعلاق النفيسة كالياقوت والزمرد والزبرجد والبلور، والجزع اليماني، والعقيق اليماني المشهور، كل هذا جعل الفرصة مواتية لليمنيين بأن يستخرجوا هذه الثروة من باطن الأرض والجبال، وأعماق البحر فاشتغلوا في كثير من الأعمال والحرف، وأنتجوا الكثير من المصنوعات والتي من ضمنها صناعة الذهب والفضة والبرود اليمانية والثياب السحولية، والمعافرية، والعمائم العدنية، والسيوف، والنصال والزجاج، ولقد كان لتوافر الأحجار الكريمة بأنواعها المتعددة دور في تنامي صناعتها، حتى أن الناس استخدموها في تزيين خواتمهم وسلاسلهم وأساورهم وأحزمتهم وصنعوا من العقيق بعض أدواتهم المنزلية .

1- ينظر المراجع السابق واليمن الخضراء مهد الحضارة (ص ٨٤) .

كما كان للثروة الحيوانية التي تميزت بها دور في ازدهار صناعة المنسوجات وإنتاج مختلف أنواع الأقمشة، هذا وقد لقيت العديد من هذه الحرف والصناعات اهتماماً كبيراً من قبل الأئمة والسلاطين وعامة الناس لأهميتها في حياتهم اليومية، وقد شجع هؤلاء السلاطين جميع الفئات العاملة في مختلف أنواع الحرف لمعرفتهم بأهمية ما ينتجونه من سلع مختلفة، وما تجنيه خزانة الدولة من ضرائب متعددة تؤخذ على تلك السلع، وما يتخذونه لأنفسهم كتحف فنية يتفاخرون بها في قصورهم ودورهم، كما أخذوا يهدونها لغيرهم من ملوك الدول الأخرى[١].

رابعاً: التجارة:

لقد توافرت العديد من المقومات التي ساعدت على تطور اليمن تجارياً وانتعاش الحركة التجارية فيه، وأهمها الموقع الجغرافي الهام الذي تحتله اليمن، حيث تقع في الجزء الجنوبي الغربي لمدخل البحر الأحمر، إضافة إلى تحكمها في مضيق باب المندب والذي يعتبر ملتقى خطوط التجارة العالمية القادمة من مصر وغيرها، والسفن التجارية القادمة من الهند والصين والساحل الشرقي لأفريقيا، إضافة إلى أن اليمنيين كانوا أنشط عباد الله على اقتحام الأخطار، واعتساف البيداء لنقل البضائع من منتوجات بلادهم ومصنوعات أيديهم، وما يجلبونه من منتوجات الهند والسند والصين، وكانت سفنهم تمخر المحيطات وتعبر القارات حاملة أنفس القماشات وأفخر الثياب والطيوب والبخور، وآلة الصناعة والحرير، وكل ما تمُتُ له حاجة الإنسان وتدعوا له الضرورة، وجنوا من ذلك النشاط البحري والبري، والحركة الدائبة، والتنقلات المستمرة، والمغامرات البطولية أموالاً جسيمة، وتضخمت ثرواتهم، وتكدست في مخازنهم، وأثروا ثراءً فاحشاً كان له أثره في البذخ والترف.

كما كان للدولة اهتمام بالغ بالطرق التجارية، البرية والبحرية، التي تربط اليمن بغيرها من الأقطار، أو بتلك التي تربط مدن اليمن ببعضها، وحراستها ومطاردة قراصنة البحر الذين كانوا يهاجمون السفن التجارية القادمة إلى ميناء عدن لنهب ما تحمله من البضائع والهروب بها إلى بعض الجزر اليمنية، والتي كانوا يتخذونها مقراً لهم ، كما ساعد على تواصل تجار اليمن بالعالم الخبرة التي وصل إليها البحارة اليمنيون في التعامل مع طرق التجارة البحرية والبرية، ومعرفتهم النجوم والمواسم، وحركة الملاحة واتجاه الرياح، وحركات المد والجزر البحرية ، وغيرها من الأمور التي يتطلب أن يعرفها البحارة[٢].

1- ينظر المراجع السابق واليمن الخضراء (ص ٨٦، ٨٧) وأوراق في تاريخ اليمن وآثاره للدكتور يوسف محمد عبد الله، دار الفكر المعاصر – بيروت – لبنان ط٢ ١٤١١هـ ١٩٩٠م، (ص٤٠٩).

2- ينظر اليمن الخضراء مهد الحضارة (٨٧) وأوراق في تاريخ اليمن وآثاره ص(١٨٥) والحياة الاجتماعية في اليمن رسالة ماجستير لطه حسين عوض.ص٣١.

المبحث الخامس

الحالة العلمية والثقافية

لقد تولى حكم اليمن خلال فترة حياة العلامة ابن بهران حكام غلب عليهم طابع العلم والمعرفة والفقه والدراية والشغف العظيم لطلب العلم، ابتداءً من الإمام الهادي عز الدين بن الحسن بن المؤيد الذي قام ببناء مدرستين مدرسة للقرآن الكريم ومدرسة لطالبي العلم الشريف[١]، وانتهاءً بالملك الظافر والإمام شرف الدين الذي كان له اهتمام بالعلم والتدريس أيما اهتمام، فكان يقرأ القرآن ويدرس ويقضي حوائج الناس، ويكرم من اشتهر بطلب العلم ويعقد له المناسبات لتكريمه، ومن جملة هؤلاء العلامة ابن بهران حين أكمل كتاب شرح الأثمار أمر الإمام بزفافه بالطبولخانة، وأن يطاف به في المشاهد والمدارس ومعه أعيان العلماء والمتعلمين [٢].

وكذلك ابنه عبد القيوم لما ختم القراءات غيبا وبعض الكتب العلمية عمل له وليمة وأركبه على حصان لزفافه فسقط ومات من حينه[٣]، وكذلك قام ببناء أربع مدراس، وهي مدرسة في كوكبان، وما تزال عامرة، ومدرسة في ثلا وتحيط بها منازل للطلاب كانت هي وجامع ثلا مكان تدريس العلماء لطلابهم في ثلا حتى عهد قريب، ومدرسة في صنعاء وتدعى (المدرسة) وهي عامرة، وتقع في الشمال الشرقي من صنعاء بالقرب من شعوب، ومدرسة في ذمار (المدرسة الشمسية) ما تزال عامرة، وسميت شمسية نسبة إلى الأمير شمس الدين أحد أبنائه، ولم يكن لهذه المدارس من صفات مدراس ملوك بني طاهر غير الاسم فقط فهي في حقيقة الأمر مساجد، لكنه أطلق عليها مدراس جرياً على عادة من قبله من ملوك وسلاطين بني طاهر، والذين هم بدورهم قاموا بنشر العلم وبناء المدارس على رأسهم الملك الظافر عامر بن عبد الوهاب والذي كان من مآثره عمارة الجامع الأعظم في مدينة زبيد، وعمارة مدرستين، وبناء مدرسة عظيمة في عدن، وكثيرا من المساجد والمدارس[٤]،التي كانت تعني بتدريس أصول الدين والفقه والمواريث والتفسير وعلم القراءات والحديث وعلومه، والنحو والصرف والمعاني والبيان والعروض والقوافي وغيرها من العلوم، فكان لها الأثر الكبير في استمرار الحركة العلمية وازدهارها في اليمن، وأسهمت في رفد الحياة

1- هجر العلم ومعاقله (ج٣/١٦٢١).

2- البدر الطالع (ج١/ ٢٧٨) و مطلع البدور ومجمع البحور في تراجم رجال الزيدية للعلامة المؤرخ أحمد بن صالح بن أبي الرجال، (٤ / ٣٧٦).

3- ملحق البدر الطالع (ج٢/ص١١٤).

4- ينظر المدارس الإسلامية في اليمن للقاضي إسماعيل بن علي الأكوع مؤسسة الرسالة – مكتبة الجيل الجديد – صنعاء ط٢/ ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م،(ص ١٣،ص١٤).والأعلام للزركلي - (٣ / ٢٥٣).

الثقافية في العالم العربي والإسلامي، وقدمت للأمة كثيراً من العلماء المبرزين في مختلف العلوم الشرعية والعقلية، تصعب الإحاطة بأعدادهم ومصنفاتهم، وكانت مدة الدراسة في كل عام تسعة أشهر، سبعة أشهر منها للفترة الرئيسية التي تبدأ من غرة محرم الحرام، وتنتهي بنهاية شهر رجب، وشهران للفترة الأخيرة التي تبدأ بعد انقضاء أيام عيد الفطر، وتنتهي آخر ذي القعدة، ويخصص شهر رجب في مدينة زبيد وتهامة لقراءة صحيح الإمام البخاري رحمه الله بينما يدرس فيه في مدن اليمن النجدية كتاب الفرائض من بدايته إلى نهايته، وكان لكل مدرس أوقات معينة يختارها للتدريس فيها، وقد يتفق مع بعض الطلاب على وقت يناسبهما معاً [١].

1- ينظر المدارس الإسلامية في اليمن (من ص ٣٦٠: ص٣٧٢) .

الفصـــــل الثاني

حياة المؤلف (ابن بهران)

ويتضمن ستة مباحث :

المبحث الأول: اسمه ونسبه.

المبحث الثاني: مولده ونشأته

المبحث الثالث: شيوخه وتلاميذه.

المبحث الرابع: آثاره العلمية.

المبحث الخامس: مذهبه وعقيدته.

المبحث السادس: وفاته وثناء العلماء عليه.

المبحث الأول

اسمه ونسبه

هو القاضي بدر الدين، العلامة الفقيه المجتهد محمد بن يحيى بن محمد بن أحمد بن محمد بن موسى بن أحمد بن يونس بن حسن بن حسن بن حجاج بن حسن بن حسن بن إسماعيل بن إبراهيم بن حميدان بن قمران بن مالك بن عمر بن رازح بن أسعد بن يحيى بن ربيعة بن كعب بن سعد بن زيد مناه بن تميم بن مر اليماني الصعدي المعروف (ببهران) -بفتح الموحدة وسكون الهاء وفتح المهملة- الصعدي التميمي[١] [٢].

1-التميمي نشأة البصري ثم الصعدي وطناً .(مكنون السر في تحرير نحارير السر ليحيى بن محمد بن حسن بن حميد المقرائي – مركز التراث والبحوث اليمني ط١ (١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م). –تحقيق زيد بن علي الوزير. (ص ٨٣).

2-البدر الطالع (ج٢/ص٢٧٨).و طبقات الزيدية الكبرى (القسم الثالث) ويسمى بلوغ المراد إلى معرفة الإسناد للعلامة إبراهيم بن القاسم بن المؤيد بالله المتوفى سنة ١١٥٢ هـ -إصدار مؤسسة الإمام زيد بن علي الثقافية (٢ / ٥٢١) و مطلع البدور ومجمع البحور (٤ / ٣٧٦).

المبحث الثاني

مولده ونشأته

ولد رحمه الله في سنة ثلاث وثمانين وثمان مائة (٨٨٣هـ) بصعدة[١]، وفيها نشأ وترعرع وطلب العلم، وفي بداية عمره تنقل في المناطق اليمنية لغرض التجارة حتى وصل إلى جهة الحبشة، ولم يشغله ذلك عن طلب العلم فكان في كل محل يتجر فيه يطلب فيه العلم ويحضر للقراءة، حتى برع في جميع الفنون، وفاق أقرانه، وتفرد برئاسة العلم في عصره، وصنف التصانيف الحافلة،و نشر العلوم بمسجد الصرحة من مدينة صعده[٢] وكان فيه أكثر وقته، معتمداً على نفسه يأكل من كسب يده يمتهن بصنعة الحرير، رغم اتصاله بالإمام يحيى شرف الدين، بل من خواصه[٣].

1- مكنون السر في تحرير نحارير السر (ص ٨٣) للمقرائي .

2- صعدة مدينة من مدن اليمن المعروفة تبعد عن صنعاء أكثر من مائة كيلو متر .

3-البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع (ج٢/ص٢٧٨).و طبقات الزيدية الكبرى (القسم الثالث) (٢ / ٥٢١ ، ٥٢٤). و مطلع البدور ومجمع البحور(٤ / ٣٧٦) .

المبحث الثالث

شيوخـــــه وتلاميذه

أولاً: شيوخه:

لقد اجتمع للعلامة ابن بهران عدد من خيرة رجالات الإسلام وعمالقة الأدب، فمنهم أخذ العلم ونهل من فنونهم وخبرتهم فكان ثمرة ذلك أن أصبح من أكابر علماء عصره وأحد المرجوع إليهم في زمانه فمن أشهرهم :

١- العلامة المرتضى بن قاسم المؤيدي القطابري، كان إماماً عظيماً محققاً في المنطق والمعاني والبيان وسائر علوم العربية متفقها، له في أصول الدين وفروعه اليد الطولى وفتاواه بالتحقيق مشهورة، ومات بصنعاء في شعبان سنة (٩٣١هـ)[١].

٢- العلامة محمد بن أحمد بن محمد بن مرغم، ولد سنة ٨٣٦هـ، وأخذ العلم عن أعيان مدينة صنعاء وغيرها وبرع لاسيما في الفقه حتى صار من العلماء المرجوع إليهم في زمانه، ومات فجر يوم السبت الثالث من رجب سنة ٩٣١ هـ[٢].

٣-الإمام المتوكل على الله شرف الدين بن شمس الدين بن الإمام المهدي أحمد بن يحيى المتوفى سنة (٩٦٥هـ)[٣].

ثانياً : تلاميذه :

ولغزارة علم ابن بهران وذيع صيته وشهرته أقبل عليه طلبة العلم للاستفادة من علمه والتتلمذ على يديه ومن أشهرهم :

١-ولده عبد العزيز المولود سنة ٩٤٨هـ أخذ عن والده في جميع العلوم والفنون و عن القاضي محمد الضمدي ويحيى حميد وغيرهم من أكابر علماء عصره، حتى أصبح عالما كبيرا متفننا متضلعاً في جميع العلوم فهو شيخ الشيوخ وأستاذ أهل الرسوخ حاكم مدينة صعدة الذي أجرى القوانين في سقي ماء آبار صعدة المتوفى في ثامن رجب سنة ١٠١٠ هـ وقيل ست عشرة وألف بصعدة رحمه الله [٤].

1-ينظر ملحق البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع، لمحمد بن محمد بن يحيى بن زبارة الحسني اليمني الصنعاني،- دار المعرفة – بيروت، (ج٢/ص٢١١).

١- ينظر (البدر الطالع ج٢/ص١٢١).و طبقات الزيدية الكبرى (القسم الثالث) - (٢ / ٣٣٢)بتصرف.

3- وستأتي ترجمته إن شاء الله.

١- ينظر (ملحق البدر الطالع ج٢/ص١٢٢).

٢-يحيى بن محمد بن حسن بن حميد المقرائي أخذ عن ابن مرغم وابن بهران وعلماء صنعاء ومكة وله العديد من المصنفات، منها شرح الأثمار سماه الوابل المغزار ومنها الفتح وشرحه والتوضيح ومصباح الفرائض وشرحه ونزهة الأنظار، وتوفي رحمه الله سنة ٩٩٠ هـ [١].

٣-محمد بن علي بن عمر الضمدي التهامي، الفقيه بدر الدين، أخذ عن كثير من العلماء وأكثرهم ابن بهران، ثم رحل إلى مكة واستجاز من الشيخ أحمد بن حجر الهيثمي الشافعي المكي[٢]، وتوفي رحمه الله سنة ٩٨٨هـ انتهى [٣].

٤- الحسن بن محمد بن على بن سليمان الرزيقي الهمداني الفقيه المحقق الحافظ للشوارد صدرا من الصدور في المحافل، مولده سنة ٨٩٦ هـ سمع على الإمام المتوكل على الله يحيى شرف الدين وأجازه المحقق محمد بن يحيى بهران وغيره وله حاشية نافعة على كتاب الأثمار ومات بالظفير سنة ٩٦٠هـ تقريبا [٤].

1- ينظر(البدر الطالع ج٢/ص٣٤١).

2- هو أحمد بن محمد بن حجر الوائلى السعدي الهيثمي المصري ثم المكي ولد سنة ٩٠٩ هـ ونشأ ببلده وحفظ القران ثم انتقل إلى مصر فحفظ مختصرات وبرع في جميع العلوم وصنف التصانيف الحسنة ثم انتقل من مصر إلى مكة المشرفة وسبب انتقاله أنه اختصر الروض للمقري وشرع في شرحه فأخذه بعض الحساد وفتته وأعدمه فعظم عليه الأمر واشتد حزنه وانتقل إلى مكة وصنف بها الكتب المفيدة منها الإمداد وفتح الجواد شرحا على الإرشاد الأول بسيط والثاني مختصر وغيرها من المصنفات وكان زاهدا متقللا على طريقة السلف آمرا بالمعروف ناهيا عن المنكر واستمر على ذلك حتى مات في سنة ٩٧٣ هـ. ينظر البدر الطالع (ج١/ص١٠٩).

3- ينظر طبقات الزيدية الكبرى (القسم الثالث) - (٢ / ٤٥٤) بتصرف.

4- ملحق البدر الطالع ج٢/ص٧٨.

المبحث الرابع

آثاره العلمية

- **مؤلفاته:**

لقد ترك العلامة المحقق ابن بهران رحمه الله للأمة، عدداً كبيراً من المصنفات الجليلة، التي لها الأثر الكبير في الرفد العلمي، القليل منها مطبوع، والأكثر منها ما زال مخطوطاً، ومنها لم يعرف إلا اسمه نقلا عن كتب التراجم، نذكر منها الآتي:

أولاً: في علم التفسير والعقيدة:

١-التكميل الشاف لتفسير الكشاف" (خ) وهو تفسير جليل واف بجميع الفوائد والفصول جمع فيه بين فوائد "الكشاف "وغيره من التفاسير "للزمخشري" و "ابن كثير" مما يتعلق بالتفاسير القرآنية، والأحاديث النبوية، جمع ذلك في ثمانية أجزاء تامة [١].

٢- التفسير الجامع بين تفسير الزمخشري وابن كثير (خ) .

٣- مختصر في أصول الدين (خ).

٤ - الكشف والبيان في الرد على المبتدعة من متصوفة الزمان (خ) .

ثانياً :في علم الحديث والتخريج:

١- "معتمد ذوي العقول المنتزع من جامع الأصول " أو المعتمد من حديث سيدنا وحبيبنا وشفيعنا محمد، أختصره من جامع الأصول وأسند الأحاديث إلى الأمهات الست كما فعل ابن الأثير، غير أنه رتبه على أبواب الفقه (خ).

٢- جواهر الأخبار والآثار المستخرجة من لجة البحر الزخار للإمام المهدي طبع بهامش كتاب البحر الزخار – صدر عن دار الأندلس .ووفاه بـــ " تفسير الغريب"[٢].

٣- ابتسام البرق في شرح القصص الحق في مدح خير الخلق (ط).

ثالثاً :في علم الفقه :

١- شرح الأثمار في أربع مجلدات، المسمى (تفتيح القلوب والأبصار إلى كيفية اقتطاف أثمار الأزهار) (خ)أو "شرح الأثمار الجامع لأدلة علماء الأمصار" والذي نحن بصدد تحقيقه إن شاء الله تعالى.

٢- مختصر في الفرائض (خ)

1- مكنون السر (ص ٨٤).

2- مكنون السر (ص٨٥).

٣ - منسك الحج (خ).

٤ - تعليق على المصباح الفائض، لتلميذه محمد بن يحيى المقرائي (خ).

رابعاً: في أصول الفقه :

١ - "الكافل"(ط) وهو متن مختصر مشهور، عليه شروح كثيرة، منها "الكاشف لذوي العقول" تحقيق د/ المرتضى المحطوري وللمحقق كذلك شرح مختصر على المتن صادر مكتبة بدر – صنعاء .

خامساً: في اللغة :

١ - "تحفة الطلاب" أو التحفة في النحو، مع شرح لها (خ) .

٢ - ألفية في الصرف (البغية الوافية) (خ).

٣ - "قوت الأرواح المنتزع من تلخيص مختصر المفتاح" في المعاني والبيان(خ).

٤ - المختصر الشافي في علم العروض والقوافي (خ).

سادساً: في التزكية :

*بداية المهتدي وهداية المبتدي، اختصره من كتاب بداية الهداية للغزالي (خ) .

سابعاً: في التاريخ والسير:

*مجموع في سيرة الأئمة (خ).

ثامناً : في علم الكلام :

*إثبات الصانع وما تعلق بذلك.

ومن مؤلفاته أيضاً :

١ - بهجة الجمال ومهجة الكمال في المذموم والممدوح من الخصال في الأئمة والعمال، طبع سنة ١٣٤٩ هـ ضمن مجموعة الرسائل اليمنية والرسالة السابعة بتحقيق العلامة محمد زبارة – مطبعة الجمل المصرية جواهر الأزهر الشريف .

٢ - الملاحة في علم المساحة [1].

1- وكل ما ذكر سلفا من مؤلفات ابن بهران التي طبعت وما تزال مخطوطة ذكرت بعضها في البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع (ج٢/ص٢٧٩) وبعضها في مطلع البدور ومجمع البحور - (٤ / ٣٧٦) وبعضها في مكنون السر ص ٨٥، ص ٨٦ و أغلبها في أعلام المؤلفين الزيدية (ص١٠٢١) مع تنويهه على أماكن تواجدها.

- **شعره:**

وله شعر فصيح وبليغ جمع في ديوان شعر، مخطوط ومحفوظ بمكتبة الجامع الكبير المكتبة الغربية، في (٤٩)ورقة [١]، وله كذلك نظم مشهور بعنوان (لامية العرب أو اللامية) وهي من أشهر أشعاره، فقد سلك فيها مسلك الطغرائي[٢] في لامية العجم وهي:

الجد في الجد والحرمان في الكسل	فانصب تصب عن قريب غاية الأمل
وشِمْ بروق الأماني في مخايلها	بناظر القلب يكفي مؤنة العمل
واصبر على كل ما يأتي الزمان به	صبر الحسام بكف الدارع البطل
لا تمسين على ما فات في حزن	ولا تظل بما أوتيت ذا جدل
فالدهر أقصر من هذا وذا أمداً	وربما حل بعض الأمن في الوجل
وجانب الحرص والأطماع تحظ بما	ترجو من العز والتأييد في عجل
واقن القناعة لا تبغي بها بدلاً	فما لها أبداً والله من بدل
وصاحب العزم والحزم اللذين هما	في العقد والحل ضد العي والخطل
والبس لكل زمان ما يلائمه	في العسر واليسر من حل ومرتحل
واصمت ففي الصمت أسراراً تضمنها	ما نالها قط إلا سيد الرسل
واستشعر الحلم في كل الأمور ولا	تبدُر ببادرة سَوءٍ إلى رجل

1-وكذلك نسخة أخرى بمكتبة الأوقاف، وثالثة بدار الكتب المصرية برقم (٤٠٧٥)، ورابعة بالمتحف البريطاني برقم (٣٨٥٨) ينظر (أعلام المؤلفين الزيدية ص ١٠٢١).

2-هو الوزير مؤيد الدين أبو إسماعيل الحسين ابن علي الاصبهاني صاحب ديوان الانشاء للسلطان محمد بن ملكشاه واتصل بابنه مسعود ثم اخذ الطغرائي أسيرا وذبح بين يدي الملك محمود في ربيع الأول وقد نيف على الستين سَنَةَ (٥١٤هـ). وكان من أفراد الدهر وحامل لواء النظم والنثر، وله القصيدة اللامية المعروفة بلامية العجم التي أولها من البسيط: أصالة الرأي صانتني عن الخطل *** وحلية الفضل زانتني لدى العطل .

وهي من غرر القصائد ودرر الفوائد لما اشتملت عليه من لطف الغزل واحتوت عليه من الحكم والأمثال، وَمَا أَملح قَوْلَه فيها:

يَا قَلْبُ مَالَكَ وَالهَوَى مِنْ بَعْدِ مَا	طَابَ السُّلُوُّ وَأَقْصَرَ العُشَّاقُ
أَوَ مَا بَدَا لَكَ فِي الإِفَاقَةِ وَالإلى	نَازَعْتَهُم كَأْسَ الغَرَامِ أَفَاقُوا
مَرِضَ النَّسِيْمُ وَصَحَّ وَالدَّاءُ الَّذِي	تَشْكُوهُ لاَ يُرْجَى لَهُ إِفْرَاقُ
وَهَذَا خُفُوْقُ البَرْقِ وَالقَلْبُ الَّذِي	تُطْوَى عَلَيْهِ أَضَالِعِي خَفَّاقُ

ينظر (العبر في خبر من غبر - لشمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي المتوفى سنة ٧٤٨هـ-تحقيق د. صلاح الدين المنجد-مطبعة حكومة الكويت- ١٩٨٤م(٤ / ٣٢).و الوافي بالوفيات (ج١٢/ص٢٦٩)و سير أعلام النبلاء (٣٧ / ٤٢٤).

وإن بليت بخصم لا خلاق له   فكن كأنك لم تسمع ولم تقل
ولا تمارِ سفيها في محاورة   ولا حليماً لكي تنجو من الزلل
ثم المزاح فدعه ما استطعت ولا   تكن عبوساً ودار الناس عن كمل
ولا يغرك من يبدي بشاشته   منهم لديك فإن السم في العسل
وإن أردت نجاحاً أو بلوغ منى   فاكتم أمورك عن حافٍ ومنتعل
وامكر مكور غراب في شذا نمر   في بأس ليث كَمِيٍّ في دها ثَعْلِ
بجود حاتم في اقدام عنترة   في حلم "أحنف"في علم الإمام علي
وهن وعز وباعد واقترب وأعد   وابخل وجد وانتقم واصفح وصلْ وَصِلِ
بلا غلو ولا جهل ولا سرف   ولا توان ولا سخط ولا ملل
وكن أشد من الصخر الأصم لدى الـــ   بأسا وأسيَرَ في الآفاق من مَثَل
حلو المذاق مراً ليناً شرساً   صعباً ذلولاً عظيم المكر والحيل
مهذباً لوذعيّاً[1] طيباً فكهاً   غشمشماً[2] غير هياب ولا وكِلَ
صافي الوداد فمن أصفى مودته   حقاً وأحقد للأعداء من جمل
شهم الفؤاد و قوراً حُوَّلاً يقظاً   واري الزناد أتيَّاً غير ذي مهل
لا يطمئن إلى ما فيه منقصة   عليه إلا الأمر ما على دخل
ولا يقيم بأرض طاب مسكنها   حتى يقدَ أديم السهل والجبل
ولا يصيح إلى داع إلى طمع   ولا ينيخ بدار نازح العلل
ولا يضيع ساعات الدهور فلا   يعود ما فات من أيامها الأول
ولا يراقب إلا من يراقبه   ولا يصاحب إلا كل ذي نُبُل
ولا يعد عيوب الناس محتقراً لهم   ويجهل ما فيه من الخلل

1- ذكي أسرع إلى الفهم والصواب. المعجم الوسيط ــ (٢ / ٨٢٢).
2-هو الذي يَرْكَبُ رأْسَه لا يَثْنيه شيء عما يريد ويَهْوَى من شجاعته. لسان العرب - (١٢ / ٤٣٧)

ولا يظن بهم سوءاً ولا حَسناً   تصُوبُ مِن أصوب الأمرين بالغيل
ولا يؤمل أملاً لصبح غد   إلا على وجهه وثبة الأجل
ولا ينام وعين الدهر ساهرة   في شأنه وهو ساه غير محتفل
ولا يصد عن التقوى بصيرته   فإنها للمعادي أوضح السبل
من لم تكن حلل للتقوى ملابسه   عارٍ وإن كان معموراً من الحلل
من لم تفده صروف الدهر تجربةً   فيما يحاول فليرعى مع الهمل
من سالمته الليالي فليثق عجلا   منها بحرب عدو غير ذي مهل
من كان همته والشمس في قرن   كانت منيته في دارة الحمل
من ضيع الحزم لم يظفر بحاجته   ومن رمى بسهم العجز لم ينل
من جالس الغاغة النوكا[1] جنى ندما   لنفسه ورمي بالحادث الجلل
من جاد ساد وأضحى العالمون له   رقاً وحالة جعد الكف لم تحُل
من لم يصن عرضه ساءت خليقته   وكل طبع لئيم غير منتقل
من رام نيل العلا بالمال يجمعه   من غير حل بلى مِن جهله وبلي
من هاش عاش وخير العيش أشرفه   وشر العيش أهل الجبن والبخل
عاجبت أيام دهري شدة ورخا   وبؤت فيها بأثقال عليّ ولي
وخضت في كل واد من مسالكها   بلا توان ولا عجز ولا كسل
طوراً مقيماً مقام الدهر في صدف   وتارة في ظهور الأينق الذلل
بالشرق يوما ً ويوماً في مغاربها   والغور يوماً ويوماً في ذرى القلل
وتارة بين أحبار جهابذة   وتارة أصحب الغوغاء في زجل
وتارة عند أملاك غطارفةٍ   شم العرانين بين الخيل والخوَل
هذا ولم يرض لي حال وقعت به   إلا وثقت بحبل غير منفصل

1- الغاغة " الغوغاء ولعلها كلمة دارجة و النوكا : الحمقى (حاشية مكنون السر (ص٩٠).

ولم يلذ لعيني منظرٌ أبداً ولم أزل وبنات الدهر في جدل

ولا أُيِّمُ بحراً جاش غاربه إلا وجدت سراباً أو جرى وشل

حتى إذا لم أدع لي في الثرى وطناً أقصرت من غير لا وهن ولا ملل

فاليوم لا أحدٌ لي عنده أدب ولا فتى أبداً ذو حاجة قَبلي

إن قلت كنت لحق قائلاً وإن عمرت فلن أصغى إلى عذل

وفي الفؤاد أمور لا أبوح بها ما قرَّب النايُ أيدي الخيل والإبل

فإن أمت فلقد أعذرت في طلب وإن تعمرت لا أصغي إلى عدل

تمت برسم أخ ما زال يسألني إنشاءها أبداً في الصبح والطَّفَلِ

فقلتها لأدي مفروض طاعته والقلب في شغر ناهيك من شغر

ولم أبالغ في تفويف[1] أكثرها ولا ذكرت نهائياً من الغزل

لكنها حكم مملوءة همماً تغني اللبيب عن التفصيل والجمل

بذي الغباوة من إنشادها ضررٌ كما يضر نسيم المسك بالجُعَلِ[2]

ثم الصلاة على أزكى الورى حسباً "محمد"وأمير النحل خير ولي

ما أومض البرق في الديجور مبتسماً وما سفحت دموع العارض الهطل

وهى قصيدة فائقة مشتملة على حكم نافعة [3].

وله قصيدة في بدائع صنع الله وخلقه للإنسان وتفضله عليه بالنعم قال فيها:

بدائع صنع الله فيك عجيب وإحسانه المعهود منك قريب

وفي كل عضو منك لله نعمة ومن حفظه منها عليك رقيب

ألم تر أن الله أنشأك نطفة فخالطها – مما علمت– صبيب

فصرت عظاماً بعد أن كنت مضغة وزادك من بعد الشباب مشيب

1- أي تنميق. (حاشية مكنون السر ص٩١).

2-الجُعَلُ والجُلَعْلَعةُ الخنفساء . لسان العرب (٨ / ٥١) أو هو شيء يشبه الخنفساء. القاموس المحيط (١ / ١٣٥٩)بتصرف.

3- مكنون السر (ص٨٨)و البدر الطالع (ج٢/ص٢٨٠) مع أنه لم يذكر إلا مطلع القصيدة البيت الأول.

تقلب في يسر وعسر وصحة ... وسقم فللحالات فيك نصيب

وإن بلغ السيل الزبى في ملمة ... دعوت سميعاً قادراً فيجيب

ويكشف عنك الغمّ بعد نزوله ... لعلك من كسب الذنوب تتوب

فلا تبتئس من فضل ربك إنه ... يعيد ويبدي فضله ويثيب

وظنّ به خيراً تنله وتوبة ... رجاءً، فراجي الله ليس يخيب[١]

وله قصيدة إلى شيخه مجد الدين المرتضى بن قاسم قال فيها:

سرى وجلى عن مقلة النائم[٢] الغمض ... عشية حن الرعد وابتسم الومض

وأسبل جفن الغيم واكف دمعه ... على صحن خد الأفق فاهتزت الأرض

ولاعبت الأغصان وهنايد[٣] الصبا ... فأصبح يحكى السندس الورق الغض[٤]

بروض أريض ساطع نور نوره ... به الزهر مصفر وقان ومبيض

يفوح به رياء الرياحين ضائعاً ... كفارة مسك بال من ختمها الفض

وأطياره في كل دوحة منبر ... خطيباً ويدنو منه مستمعاً بعض

فيا عجباً حتى من الطير بأقل ... وقس تعالى من له البسط والقبض

يحض على علم بفضل ورحمة ... من الخلق أفراداً محبتهم فرض

كما حض عز الدين علامة الورى ... بمرتبة في الرفع ليس لها خفض

إلى أن قال:

أحبكم في الله آل محمد ... ونعم الغناء الحب في الله والبغض

وأبذل في ظنك المضائق مهجتي ... مدافعة للخصم عنكم فينقض

بأسهم ألفاظ حداد قسيها ... براهين حق لا غلو ولا رفض

1- مكنون السر (ص٩١).

2- في مطلع البدور "العالم" بدل "النائم".

3- في مطلع البدور "وهناً يد" بدل "وهنايد".

4- البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع (ج٢/ص٢٨٠).

وهي طويلة [١].

ومن شعره رثاه على السيد علي بن شمس الدين بن الإمام المهدي لدين الله أحمد بن يحيى المرتضى المتوفى سنة (٩٧٢هـ) قال فيه:

إيهٍ على فقد من أضحت مزخرفة ... له الجنان وقد صفت له السرر

وصافحته بها الحور الحسان وقد ... جاءت لخدمته الولدان تبتدر

فكيف نبكي عليه وهو في فرح ... لا غم فيه ولا في صفوه كدر

هو السعيد بلا شك ولا ريب ... له فضائل شتى ليس تنحصر

كانت تبين لنا الدنيا بطلعتها ... عند الخطوب ويُستسقي به المطر

برٌّ تقي نقي فاضل ورع ... جليسه الذكر والآيات والسور

ما زال يحتقر الدنيا وزهرتها ... حتى تساوى لديه التبر والحجر

لا فارقت رحمة الرحمن مضجعه ... ولا عداه مُلِثُ القطر منهمر[٢]

ومن شعره كذلك لما بات بهجرة حوث[٣] متوجهاً إلى حضرة الإمام في ذي القعدة سنة (٩٠٧هـ) فأكرمه أولاد الإمام يحيى بن حمزة والمشايخ من آل الرصاص فقال:

أقمنا بحوث بعض يوم وليلة ... فلله حوث من محل مكرم

وبهجرة علم فاز بالسبق أهلها ... وفاقت وراقت ناظراً المتوسم

به سادة من آل طه كأنهم ... نجوم منيرات على أثر أنجم

جحاجحة شم الأنوف أعزة ... كرام لهم فضل على كل مسلم

وفيها قضاة جلة ومشائخ ... لهم درجات في العلا والتقدم[٤]

وله قصائد أخرى يطول المقام لذكرها .

1- مطلع البدور ومجمع البحور - (٣ / ٢٢١).
2- المرجع السابق.
3- منطقة من مناطق محافظة عمران تبعد عن العاصمة صنعاء عدة كيلو مترات .
4- المرجع السابق (٤ / ٣٧٩) .

المبحث الخامس

مذهبه وعقيدته

مما لا شك فيه أن العلامة ابن بهران أحد علماء الزيدية الكبار ظهر ذلك جلياً من أقواله وكتبه الفقهية وغيرها التي تتحدث عن المذهب الزيدي، ورأيه في المسائل وترجيحه لها، و ترجمة العلماء له، منهم تلميذه (يحيى حميد المقرائي المتوفى سنة (٩٩٠ هـ) والذي قال في ثنايا ترجمته لشيخه (ابن بهران) "التميمي نشأة البصري ثم الصعدي وطناً، العدلي[١] الزيدي مذهباً " [٢].

وأما عقيدته فقد أفصح عنها بنفسه من خلال شرحه لخطبة الأثمار للإمام شرف الدين، حيث وافقت أقواله أقوال المعتزلة الذين يقولون بنفي الصفات، وأن أعمال العباد مخلوقة لهم، وينكرون رؤية المؤمنين لربهم يوم القيامة[٣]، وهو يقول في أثناء شرحه أن الصفات الأربع وهي كونه قادراً، عالماً، حياً، قديماً، يستحقها الباري تعالى لذاته، وأن الله تعالى ليس بجسم ولا عرض، لأن الأجسام والأعراض جميعها محدثة، فيكون من جملة العالم، وأنه تعالى ليس بذي مكان ولا انتقال في الجهات، وأنه لا يجوز عليه الرؤية، ثم قال: أما مسائل العدل فمنها أنه تعالى لا يفعل القبيح، ولا يخل بالواجب، وأفعاله كلها حسنة .... إلى آخر ما قال [٤].

فمعلوم أن هذا الكلام كله من أقوال أهل الاعتزال بخلاف اعتقاد جمهور أهل العلم الذين يثبتون لله الصفات كلها بدون تشبيه، ولا تعطيل، ولا تكييف، ولا تمثيل فيؤمنون بأن الله كما قال عن نفسه **(لَيْسَ كَمِثْلِهِ شَيْءٌ وَهُوَ السَّمِيعُ البَصِيرُ)** [٥]، وأنه سبحانه فوق سماواته، على عرشه، علي على خلقه، وهو سبحانه معهم أينما كانوا يعلم ما هم عاملون، وأن الله

1- مكنون السر (ص ٨٣).

2-معنى العدلي حسب رأي معتقديه " أن الله لا يخلق أفعال العباد، ولا يحب الفساد، بل إن العباد يفعلون ما أمروا به وينتهون عما نهوا عنه بالقدرة التي جعلها الله لهم وركبها فيهم وأنه لم يأمر إلا بما أراد ولم ينه إلا عما كره، وأنه ولي كل حسنة أمر بها، بريء من كل سيئة نهى عنها، لم يكلفهم ما لا يطيقون ولا أراد منهم ما لا يقدرون عليه . وذلك لخلطهم بين إرادة الله تعالى الكونية، وإرادته الشرعية. ينظر الموسوعة الميسرة في الأديان والمذاهب والأحزاب المعاصرة . - (٢٦ / ٦).

3-والمعتزلة برزت كفرقة فكرية على يد واصل بن عطاء الغزال (٨٠هـ ــ ١٣١هـ) الذي كان تلميذاً للحسن البصري، ثم اعتزل حلقة الحسن بعد قوله بأن مرتكب الكبيرة في منزلة بين المنزلتين (أي ليس مؤمناً ولا كافراً) وأنه مخلد في النار إذا لم يتب قبل الموت، وقد عاش في أيام عبد الملك بن مروان وهشام بن عبد الملك . (الموسوعة الميسرة في الأديان والمذاهب والأحزاب المعاصرة . - (٢٦ / ٢) .

4- شرح الأثمار (ص ١٠).

5- الشورى:١١.

ينزل إلى السماء الدنيا كل ليلة حين يبقى ثلث الليل الآخر ... كما في الحديث[١]، ويؤمنون برؤية الله سبحانه يوم القيامة مصداقاً لقوله سبحانه" (وُجُوهٌ يَوْمَئِذٍ نَّاضِرَةٌ إِلى رَبِّهَا نَاظِرَةٌ)[٢] وقوله صلى الله عليه وعلى آله " إِنَّكُمْ سَتَرَوْنَ رَبَّكُمْ يوم الْقِيَامَةِ كما تَرَوْنَ هذا[٣] لَا تُضَامُونَ[٤] في رُؤْيَتِهِ...الحديث [٥]، ويؤمنون بأن العباد فاعلون حقيقة والله خلق أفعالهم، وللعباد قدرة على أعمالهم، ولهم إرادة، والله خالقهم وقدرتهم وإرادتهم ، ولا يكون إلا ما يريد، وإن كان يريد المعاصي قدرا، فهو لا يحبها ولا يرضاها؛ لأن الإرادة الكونية أمر مقضي مكتوب قبل أن تخلق السماوات والأرض بخمسين ألف سنة، وأما الإرادة الشرعية فإنها تأتي بعد ذلك في حق الإنسان، فمثلا: لما بعث الله سبحانه وتعالى الأنبياء أتى كل نبي يأمر قومه بما يريده الله شرعا وأمرا من الإيمان به وتوحيده -جل شأنه- أو الكفر بالطاغوت والانتهاء عن المعاصي، فكل من يبلغه كلام الله يقتضي منه ذلك، وهو فعل مأمور أو ترك محظور، فإن هذه هي إرادة الله الشرعية، يريد منه شرعا أن يصلي، ويريد منه شرعا أن ينتهي عن الزنا أو الربا أو الخمر أو غير ذلك، أما الإرادة الكونية فأمر قد أمضاه الله عز وجل، وجفت به الأقلام، وجرت به المقادير [٦].

1-الذي رواه البخاري (محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي المتوفى سنة ٢٥٦هـ)في صحيحه (ج١/ص٣٨٤- أبواب التهجد- بَاب الدُّعَاءِ والصلاة من آخِرِ اللَّيْلِ .....-رقم١٠٩٤ ط:دار ابن كثير ، اليمامة – بيروت ط ٣/ ١٤٠٧ – ١٩٨٧م بتحقيق د/مصطفى البغا. و مسلم (مسلم بن الحجاج أبو الحسين القشيري النيسابوري المتوفى سنة ٢٦١هـ)- كتَاب صَلَاةِ الْمُسَافِرِينَ وَقَصْرِهَا -بَاب التَّرْغِيبِ في الدُّعَاءِ وَالذِّكْرِ في آخِرِ اللَّيْلِ وَالْإِجَابَةِ فيه -رقم٥٨ -دار إحياء التراث العربي - بيروت، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي بلفظ "يَنْزِلُ رَبُّنَا تَبَارَكَ وَتعالى كُلَّ لَيْلَةٍ إلى السَّمَاءِ الدُّنْيَا حين يَبْقَى ثُلُثُ اللَّيْلِ الْآخِرُ يقول من يَدْعُونِي فَأَسْتَجِيبَ له من يَسْأَلُنِي فَأُعْطِيَهُ من يَسْتَغْفِرُنِي فَأَغْفِرَ له " (ج١/ص٥٢١).

2- القيامة الآية :٢٢ ، ٢٣.

3- أي القمر.

4-أي لا يحجب بعضكم بعضا عن الرؤية. (فتح الباري فتح الباري شرح صحيح البخاري، (١١/ص٤٤٦) لأحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي، -دار المعرفة- بيروت، تحقيق: محب الدين الخطيب.

5-صحيح البخاري -بَاب قَوْلِ اللَّهِ تعالى وُجُوهٌ يَوْمَئِذٍ نَاضِرَةٌ إلى رَبِّهَا نَاظِرَةٌ -رقم٦٩٩٧ (ج٦/ص٢٧٠٣).

6-ينظر شرح العقيدة الواسطية لشيخ الإسلام أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام ابن تيمية تأليف العلامة محمد خليل هراس- ط٤ / ١٤٢٢هـ -٢٠٠١م –تحقيق علوي عبد القادر السقاف (٥٧، ٥٩، ٦٥)بتصرف، و شرح العقيدة الطحاوية (١ / ١٢١).

المبحث السادس

وفاته وثناء العلماء عليه

وفي البلدة التي ولد فيها، فيها توفي رحمه الله، وكان ذلك يوم السبت في اليوم الخامس عشر من شهر رمضان سنة سبع وخمسين وتسعمائة، وقبره بمقبرة غربي المدينة المذكورة[١].

وبوفاته فقدت الأمة علماً من علمائها في ذلك العصر، حيث كان من مشاهير أهل العلم وأجلهم، وعلى هذا فقد أثنى عليه الكثير من أكابر أهل العلم من أهل عصره ومن جاء بعدهم، فمن أهل عصره شيخه وإمامه الإمام المتوكل على الله يحيى شرف الدين حيث قال عنه:" هو الفقيه، الفاضل، المحدث، الأصولي، النحوي، المفسر، فريد دهره، وشمس عصره، وزينة مصره، عين أعيان العلماء، من شيعتنا العاملين المحبين لسنة رسول رب العالمين، من علمه ممدود بسبعة أبحر، ويومه في العلوم كعمر سبعة أنسر، العلم ثيابه، والأدب ملئ إهابه، ما يؤنسه في الوحشة إلا الدفاتر، ولا يصحبه في الوحدة إلا المحابر، علم الفضل، وواسطة عقد الدهر، ونادرة الدنيا، وغرة العصر، علامة الأوان، والمفسر للقرآن.

و شيخه المرتضى بن قاسم حيث قال عنه: هو الفقيه، الأفضل، العلامة، بهاء المجالس، وعماد المدارس، ذو القريحة المنقادة، والفطنة الوقادة، الأديب النجيب، الآخذ من كل فن بأوفر نصيب، الرامي في كل سهم مصيب [٢].

ومن ليس في عصره نكتفي بثناء الإمام محمد بن علي الشوكاني[٣] عليه حيث قال : محمد بن يحيى المعروف ببهران الزيدي أحد علماء اليمن المشاهير برع في جميع الفنون وفاق أقرانه وتفرد برياسة العلم في عصره وصنف التصانيف الحافلة [٤].

1-ينظر مكنون السر في نحارير السر (ص ٨٣).

2-ينظر طبقات الزيدية الكبرى (القسم الثالث) - (٢ / ٥٢٣).

3-هو محمد بن على بن محمد الشوكاني فقيه مجتهد من كبار علماء اليمن. من صنعاء ولد بهجرة شوكان سنة (١١٧٣هــ)ونشأ بصنعاء وولى قضاءها سنة ١٢٠٩ هــ وكان يرى تحريم التقليد، وبلغت مؤلفاته (٢٤٠مؤلفا)منها،فتح القدير،و نيل الأوطار، والفوائد المجموعة في الأحاديث الموضوعة، والدرر البهية في المسائل الفقهية، وإرشاد الفحول في الأصول وغيرها،توفي سنة(١٢٥٠هــ)ينظر موسوعة الأعلام - (ج ١ / ص ٣١٣).

4-ينظر البدر الطالع (ج٢/ص٢٧٩).

الفصل الثالث

دراسة الكتاب

وفيه تمهيد ومبحثان:

التمهيد: حيث إن كتاب تفتيح القلوب والأبصار... شرح للأثمار لابد أن نعرج على الأصل ونعطي لمحة قصيرة عنه وعن مؤلفه، ثم ننتقل إلى دراسة كتاب تفتيح القلوب... وذلك على النحو الآتي:

المبحث الأول: التعريف بالأثمار ومؤلفه. وفيه مطلبان:

المطلب الأول: كتاب الأثمار وقيمته العلمية.

المطلب الثاني:التعريف بمؤلف الأثمار.

وفيه أربعة فروع:

الفرع الأول: اسمه ونسبه.

الفرع الثاني: مولده و نشأته ووفاته.

الفرع الثالث: شيوخه وتلاميذه.

الفرع الرابع: آثاره العلمية.

المبحث الثاني: دراسة كتاب تفتيح القلوب والأبصار... لابن بهران

وفيه ثمانية مطالب:

المطلب الأول: اسم الكتاب و نسبته إلى مؤلفه.

المطلب الثاني: أهمية الكتاب وموضوعه.

المطلب الثالث: الدافع لشرحه الأثمار.

المطلب الرابع: منهج المؤلف في الكتاب ومصطلحاته.

المطلب الخامس: مراجع ومصادر المؤلف في هذا الكتاب.

المطلب السادس: ملاحظات على الكتاب.

المطلب السابع: منهجي في الدراسة والتحقيق.

المطلب الثامن: وصف نسخ المخطوط المعتمدة ونماذج مصورة منها.

المبحث الأول

التعريف بالأثمار ومؤلفه

المطلب الأول: كتـــــاب الأثمار وقيمته العلمية

لقد اختصر الإمام شرف الدين كتاب جده الإمام المهدي المسمى بالأزهار في فقه الأئمة الأطهار، والذي يعتبر العمدة في المذهب الزيدي، فهذب عبارته، وحذف وأزاد وخرج بمختصر أدق أسماه الأثمار، وقد قال حاكياً عن نفسه في نفس الكتاب: وبعد فهذا مختصر مبارك بتوفيق الله سبحانه [اختصرت]حذفت فيه، وحولت كثيراً من ألفاظ أصله، وزدت فيه غرراً من المعاني، و أو ضحت فيه مشكلات من مسائل فنه، وصححت جماً غفيراً من المباني فجاء بحمد الله أخمص وأبطن، وأرخص وأثمن، وأهش وأمتن، وأبش وأزكى ، وإن كان الفضل للمتقدم والرجحان ....الخ [1].

1-الأثمار: ص٤ (خ).

المطلب الثاني

التعريف بمـــــؤلف الأثمار

الفرع الأول: اسمه ونسبه.

و اسم مؤلف الأثمار هو الإمام المتوكل على الله شرف الدين بن شمس الدين بن الإمام المهدي أحمد بن يحيى بن المرتضى– يتصل نسبه إلى الإمام على بن أبى طالب -رضي الله عنه وكرم وجهه.

و له اسمان أحدهما شرف الدين، وهو الذي اشتهر به، والآخر يحيى ولم يشتهر به [١].

1-البدر الطالع (ج١/ص٢٧٨).

الفرع الثاني

مولده و نشأته ووفاته

وكان مولده رحمة الله عليه في خامس عشر شهر رمضان سنة ٨٧٧ هـ بحصن حضور،و نشأ على ما نشأ عليه آبائه من الطهارة وطلب العلم الشريف فقرأ في كثير من الفنون وبرع في العلوم العقلية والنقلية، واشتهر علمه وظهرت نجابته وأكب على نشر العلم ثم دعا إلى نفسه في العشر الأولى من جمادى الأولى سنة ٩١٢هـ، وكان بالظفير فبايعه العلماء والأكابر وتلقاها أهل جبال اليمن بالقبول، ثم دانت له صنعاء وبلادها وصعدة وما بينهما من المدن، وغزا بلاد بنى طاهر فافتتح التعكر، وقاهرة تعز، وحراز، واستفتح جازان، وبلاد أبى عريش، وسائر الجهات التهامية، ثم حصل بين الإمام وولده المطهر بعض مواحشة، ووقع من المطهر بعض الحرب لوالده ولأخيه شمس الدين، واتفقت أمور يطول شرحها كانت من أعظم أسباب استيلاء الاتراك على كثير من جهات اليمن، واستقر الإمام بكوكبان ثم انتقل إلى الظفير، وامتحن بذهاب بصره، فصبر واحتسب وأقام لا شغلة له بغير الطاعات حتى توفاه الله ليلة الأحد وقت صلاة العشاء الآخرة سابع شهر جمادى الآخرة سنة خمس وستين وتسعمائة هجرية، ودفن بحصن الظفير، ومشهده هنالك مشهور[١].

1-المرجع السابق، وطبقات الزيدية الكبرى (القسم الثالث) (٣ / ١٠٨).

الفرع الثالث

شيوخه وتلاميذه

أولاً: شيوخه:

لقد قرأ الإمام شرف الدين على جماعة من العلماء منهم :

١-عبد الله بن أحمد الشظبي المتوفى (٩٠٧هـ) قرأ عليه في التذكرة والأزهار وشرحه وفي الخلاصة في علم الكلام وكان ذلك في أيام صغره.

٢-عبد الله بن يحيى الناظري المتوفى سنة (٩٢٠هـ) أعاد عليه قراءة التذكرة.

٣- والده شمس الدين المتوفى سنة (٩٠١ هـ) قرأ عليه في علم العربية الطاهرية وشرحها لابن هطيل ثم الكافية وشرحها والنصف الأول من المفصل ثم رحل إلى صنعاء في سنة ٨٨٣ هـ.

٤-الفقيه علي بن صالح العلفي تمم عليه قراءة المفصل.

٥-الفقيه محمد بن إبراهيم الظفاري قرأ عليه شرح المفصل و الرضى شرح الكافية و الشافية في الصرف وشرحها وتلخيص المفتاح.

٦-العلامة الهادي بن إبراهيم بن محمد المتوفى سنة(٩٢٣هـ) قرأ عليه المفتاح للسكاكى والكشاف ومختصر المنتهى وشرحه للعضد.

٧-الإمام محمد بن على الوشلي المعروف بالسراجي المتوفى سنة(٩١٠هـ) قرأ عليه شفاء الأوام وأصول الأحكام وبعض جامع الأصول.

٨- الفقيه على بن أحمد الشظبي المتوفى سنة ٩٠٧ وقيل سنة ٩٠٩هـ [1].

ثانياً: تلاميذه:

ومن تلامذته الآتي:

١- الفقيه العلامة محمد بن يحيى بهران .

٢- الفقيه محمد بن عمر الضمدي.

٣- الفقيه حسن الزريقي.

٤- القاضي العلامة محمد بن عبد الله راوع اليمنى أخذ عنه في سنة ٩٣٥ هـ المتوفى في ق١٠ هـ.

1-المرجعين السابقين وملحق البدر الطالع (ج٢/ص١٥٨).

٥- السيد محمد بن عبد الله من أولاد الإمام يحيى بن حمزة.

٦- السيد عبد الله بن القاسم العلوي، المتوفى (بعد ٩٦٠ هـ) وأولاده فخر الدين عبد الله وجمال الدين علي.

٧- السيد المهدي بن علي بن أحمد الهادوي، وأخوه صلاح وأحمد.

٨- الفقيه عبد الله بن داود الغشمي.

٩- الفقيه عبد الله بن ناجي.

١٠- الفقيه يحيى بن محمد بن حسن بن حميد المقرائي المتوفى سنة (٩٩٠هـ) [١].

1- ما سبق ذكره ينظر ملحق البدر الطالع (ج٢/ص٢٠٣ و ص ٣٤١). وطبقات الزيدية الكبرى (القسم الثالث) - (٢ / ٤٢٥) و(٢ / ٥١).

الفرع الرابع

آثـــــاره العلمية

- **مؤلفاتـــه:**

١- كتاب الأثمار في فقه الأئمة الأطهار (خ).

٢- الأحكام في أصول المذهب (خ).

٣- منظومة القصص الحق في مدح وذكر معجزات سيد الخلق (سير ١٥٠ بيتاً)عليه شروح كثيرة، منها شرح ابتسام البرق. مطبوع.

٤- الإمامة والحسبة (بحث) .

٥- الدعاء بسبحان الله وبحمده (بحث).

٦- شرح خطبة الأثمار (خ).

٧- الرسالة الصادعة بأسنى المطالب، الشاملة للفضائل حول حديث سد الأبواب (خ) .

٨- الرسالة المانعة من استعمال المحرمات الجامعة في علة التحريم بين الحشيشة والقات وغيرها من سائر المسكرات(خ) .

٩- الادخار (رسالة).

١٠- حقيقة السكر (مجاميع) (خ) أوقاف.

١١- الرسائل الساعية للفضائل (خ).

١٢- رسالة حول المقامات الأربعة الموضوعة في الحرم المكي.

١٣- رسائل متبادلة بينه وبين سلاطين آل جعفر(خ).

١٤- الجوابات والرسائل (خ).

١٥- جواب الإمام شرف الدين بشأن التصوف (خ).

١٦- الوصية (خ).

١٧- الدرة المنيرة في الغرائب من فقه السيرة.

١٨- كتاب ما يجب أن يعيه الواعون في مسائل برك الطهور وذكر الطاعون (خ)[1].

وأما شعره :

فله شعر جيد منه القصيدة المسماة بقصص الحق التي مطلعها:

لكم من الحب صافية ووافيه *** ومن هوى القلب باديه وخافية .

ومن شعره القصيدة التي قالها عند فتحه لصعدة وزيارته لمشهد الإمام الهادي وأولها

1- ما سبق ذكره ذكر في أعلام المؤلفين الزيدية مع ذكر أماكن تواجدها (ص ١١٣٥).

زرناك في زرد الحديد وفى القنا　　　والمشرفية والجياد الشزب

وجحافل مثل الجبال تلاطمت　　　أمواجهن بكل أصيد أغلب

من كل أبلج من ذؤابة هاشم　　　وبكل أروع من سلالة يعرب

وأعاجم ترك وروم قادة　　　وأحابش مثل الأسود الوثب [١]

ومن شعره رثاه على ولده عبد القيوم لما ختم القراءات غيبا وبعض الكتب العلمية عمل له وليمة وأركبه على حصان لزفافه فسقط ومات من حينه وقبره بقرب جراف صنعاء مشهور مزور فقال الإمام شرف الدين قصيدته التي أولها:

حمدت الله ربي يا بنيا　　　على علم نعيت به إليا

نغصت حشاشتي والروح لما　　　نفضت تراب قبرك من يديا

ولما أن ختمت الذكر غيبا　　　قدت به على الباري صبيا

وكنا في زفاف الختم نسعى　　　فقال الرب زفته إليا

لإحدى عشرة مع نصف عام　　　وطئت بهمة هام الثريا

وكنت قد امتلأت من المعالي　　　ولم تترك من الإحسان شيئا

إلى آخر القصيدة [٢].

1- البدر الطالع (ج١/ص١٢٢).

2- ملحق البدر الطالع (ج٢/ص١١٤).

المبحث الثاني

دراسة كتاب تفتيح القلوب والأبصار لابن بهران

المطلب الأول: اسم الكتاب و نسبته إلى مؤلفه.

وأما اسم الكتاب فاسمه (تفتيح القلوب الأبصار للاهتداء إلى كيفية اقتطاف الأثمار)وبعض النسخ بدون كلمة (كيفية).

وأما نسبته للمؤلف فدلت عليه عدة أمور :

١-ما دل عليه المخطوط الذي اعتمد عليه الباحث، والنسخ الأخرى وتصدرها باسم الكتاب واسم مؤلفه.

٢-ورود اسم الكتاب مع ذكر مؤلفه في كثير من كتب الفقه والتراجم.

المطلب الثاني

أهمية الكتاب وموضوعه

وأهمية الكتاب تنبع من مضمونه ومحتواه، فهو يعتبر شرحاً لكتاب الأثمار، والذي هو بنفسه مختصر لكتاب الأزهار الذي يعتبر من أهم كتب الزيدية في الفقه وعن أهميته تلك كثر أصحاب الثناء والمدح لهذا الكتاب نكتفي بقول الإمام الشوكاني عنه أثناء ترجمته لابن بهران، حيث قال " وقد عم النفع بشرحه للأثمار، فإنه ذكر فيه من دقائق الفقه وحقائقه ما لم يوجد في غيره، وذكر الأدلة على مسائله ونقحه أحسن تنقيح، ويروى أنه لما وصل إلى الإمام شرف الدين مصنف المتن أمر بزفافه بالطبولخانة، وطافوا به في المشاهد والمدارس ومعه أعيان العلماء والمتعلمين [١].

وكذلك العلامة المؤرخ أحمد بن صالح بن أبي الرجال المتوفى سنة (١٠٩٢هـ) [٢]، حيث قال في معرض ترجمته لابن بهران" وله في الفقه شرح على الأثمار كتاب تشد إليه الأكوار [٣]، اشتمل على الدليل والتعليل وعلى غريب الفقه والأهيل، اعتنى بشرحه عن أمر الإمام المتوكل على الله يحيى شرف الدين، فكان فنه أعجوبة، ولأهل ذلك العلم البغية المطلوبة[٤].

ولأهميته تلك اهتم عدد من العلماء بشرحه بعد ابن بهران منهم :

١- العلامة يحيى بن محمد بن حسن بن حميد المقرائي بل له عدة شروح عليه منها :

- الإبانة بفتح الأزرار عن مخبآت الأثمار، وقد كان يكتبه في هامش الأثمار.
- الوابل المغزار وهو الشرح الكبير .
- فتح العزيز الغفار لمقفلات الأثمار ثم شرح الفتح .
- الشموس والأقمار الطالعة من أفق العزيز الغفار المفتح لمقفلات الأثمار[٥].

٢-العلامة علي بن عبدالله رواع له شرحان عليه، كبير بلغ فيه إلى البيع وصغير مختصر للأول بلغ فيه

1- البدر الطالع (ج١/ ٢٧٨) .

2-أعلام المؤلفين الزيدية (١١٨).

3- الأَكْوارُ : جمع كُور بالضم وهو رَحْل الناقة بأداتِه وهو كالسَّرْج وآلَتِه لِلْفرس.(النهاية في غريب الأثر - (٤ / ٣٨٥).

4- مطلع البدور ومجمع البحور - (٤ / ٣٧٦).

5-ينظر مكنون السر (ص ١٩١، ٣٦)وشرح الفتح مخطوط (ص٢) عبر أطروحة الدكتوراه (تفتيح القلوب....)للدكتورة بشرى العماد .

إلى الزكاة والصيام [١].

٣-العلامة صالح بن صديق النمازي الشافعي[٢]، له شرح اسمه (الأنهار المتدفقة في رياض الأثمار المقتطف من الأزهار) توجد منه نسخة مخطوطة بمكتبة الجامع الكبير رقم (٧٣) [٣]، وشرحه شرحاً مفيداً "كما قال الشوكاني رحمه الله [٤].

1-من شرح ابن رواع جزء في مكتبة الجامع الكبير، مخطوط في ٢٤٤ ورقة برقم (١٣٧) عبر أطروحة الدكتوراه (تفتيح القلوب ....)للدكنورة بشرى العماد .

2- هو صالح بن صديق النمازى بالنون والزاي الخزرجى الانصارى الشافعي رحل إلى زبيد فأخذ عن جماعة من علمائها ثم عاد إلى وطنه مدينة صبيا فلم يطب له المقام بها فرحل إلى حضرة الإمام شرف الدين ولازمه وحضر مجالسه وشرح الأثمار شرحا مفيدا ومات بمدينة جبلة سنة ٩٧٥.البدر الطالع (ج١/ص٢٨٤).

3- طبقات الزيدية الكبرى (القسم الثالث) - (٣ / ٢٩٣)ولوامع الأنوار (١ / ٣٠٥) .

4- البدر الطالع (ج١/ص٢٨٥).

المطلب الثالث

الدافع لشرحه الأثمار

لقد بين المؤلف عن سبب شرحه لكتاب الأثمار، والحامل له على ذلك في مقدمة شرحه بعد أن ذكر مختصر الأثمار وأثنى على مؤلفه، فقال لما كان المختصر الميمون المذكور قد اشتمل على ما تضمنه أصله من منطوق ومفهوم، واحتوى على ما يوازيه أو يدانيه من روائع بدائع العلوم بعبارات رائعة تتسابق معانيها إلى الأفهام ، واختيارات فائقة تجلي أنوارها ظلمات الأوهام .... إلى أن قال " أشار مولانا أمير المؤمنين أطال الله بقاءه، ونصر لواه إلى أن أشرحه شرحاً يبرز السلسال من معين عيونه ...الخ [1].

فالخلاصة من كلامه أن السبب يكمن في أمرين :

١ - لما اشتمل عليه كتاب الأثمار من معاني وفوائد...الخ.

٢ - بطلب من الإمام شرف الدين بأن يقوم بشرحه .

1- شرح الأثمار (خ) ص ٣.

المطلب الرابع

منهج المؤلف في الكتاب ومصطلحاته

أولاً: منهجية المؤلف :

من خلال التتبع والاستقراء تبين للباحث أن المؤلف قد سلك في بحثه مسلك الفقه المقارن والذي فيه عرض للمسألة ثم أقوال من قال بها ثم من خالفها مع ذكر دليل كل قول وحجته مع الترجيح في النهاية والمؤلف هنا اتبع نفس الخطوات يمكن تلخيصها في الآتي:

١- يذكر لفظ متن الأثمار بخط مميز بعد ثنائه على مؤلفه .

٢- يشرح لفظ ما تضمنه المتن ثم يذكر من قال به من الفقهاء أو المذاهب ثم قول المخالف ومن قال به.

٣- يذكر أدلة كل فريق، و يناقشها مع الرد والجواب على المخالفين .

٤- استدلاله على أقواله غالباً بالكتاب والسنة والإجماع والقياس والاستحسان.

٥- ترجيحه وتأييده لعبارات الأثمار والانتصار لها .

ثانياً: رموز الكتاب ومصطلحاته :

لقد استعمل المؤلف أثناء شرحه للكتاب مصطلحات ورموز اختصاراً في الخط لأسماء الفقهاء والمذاهب نوضحها على هيئة جدول كالآتي:

أولاً: الرموز

العلـــــم	رمزه
"تعالى"	بــ "تع" .أحياناً في (أ)
صلى الله عليه وآله وسلم	ص وأحياناً صللم
رضي الله عنه	رض~
عليه السلام"	(عليلم) وفي (ج) (أيده الله)

(فقهاء المذهب)

العلــم	رمزه
العترة	ة
المذهب	هــب

أَبُو طَالِبٍ	ط
الْمُؤَيَّدُ	م وأحياناً م بالله .
أَبُو الْعَبَّاسِ	ع
الْمَنْصُورُ	ص وأحياناً ص بالله
الفقيه علي بن يحي الوشلي	الفقيه ع
الفقيه يحيى بن أحمد بن حنش.	الفقيه مد
الفقيه محمد بن يحيى حنش	الفقيه ي وأحيانا قيل ي
الفقيه حسن محمد النحوي	الفقيه س وأحيانا قيل س
الفقيه يوسف بن أحمد اليماني	الفقيه ف وأحيانا قيل ف
الإمام المهدي	بالإمام"ه~".في ب
الأمير الحسين.	الأمير ح وأحيانا بـــالأمير ي .
الإمام يَحْيَى	الإمام ح) في (أ) والإمام ي في (ب)
الفقيه محمد بن سليمان بن أبي الرجال	الفقيه ل وأحيانا قيل ل.
الفقيه يحي البحيبح	الفقيه ح وأحيانا قيل ح.
القاضي زيد.	ض زيد
السيد يحيى	السيد ح
الهادي	بـــ "ه~" في (ب)
النَّاصِرُ	ن
الْقَاسِمُ	ق

(فقهاء المذاهب الأخرى)

العلــم	رمزه
أَبُو حَنِيفَةَ	ح

مَالِكٌ	ك
الشَّافِعِيُّ	ش
أَحْمَدُ بْنُ حَنْبَلٍ	مد
الفريقان(أصحاب أبي حنيفة والشافعي).	قِين
أصحاب أبي حنيفة	أص ح.
أصحاب الشافعي	أص ش وأحياناً صش. أو أصحبش
أحد قولي ش	قش
وقول للشافعي	للش وأحيانا لش.
أَبُو يُوسُفَ	ف
مُحَمَّدٌ بن الحسن	مُحَمَّدٌ

ثانياً: المصطلحات:

المصطلح	تفسيره
إذا قال الفقهاء	المقصود بهم الأئمة الأربعة .
السادة	أي المؤيد بالله ، أحمد بن الحسن الهاروني، أبوطالب ، أبو العباس.
الأخوان	أبو طالب ، المؤيد بالله .
الإمام	الإمام المهدي أحمد بن يحيى المرتضى .
المؤلف	الإمام يحيى شرف الدين.
المذاكرون	الفقيه يحيى بن حسن البحيبح، والفقيه يحيى بن أحمد حنش، وولده الفقيه محمد بن يحيى، والفقيه محمد بن سليمان بن أبي الرجال، والفقيه علي الوشلي، والفقيه حسن النحوي، والفقيه يوسف بن أحمد بن عثمان وغيرهم .

المطلب الخامس

مراجع ومصادر المؤلف في هذا الكتاب

أولاً : في القرآن الكريم وعلومه:

١- القرآن الكريم.

٢- تفسير الكشاف عن حقائق التنزيل وعيون الأقاويل في وجوه التأويل لأبي القاسم محمود بن عمر الزمخشري الخوارزمي المتوفى سنة (٥٢٨ هـ) .

ثانياً : في الحديث وعلومه:

١ - من كتب المذهب:

- مسند زيد بن علي - للإمام زيد بن علي المتوفى سنة(١٢٢هـ).
- الأمالي وتسمى (العلوم) للإمام أحمد بن عيسى بن زيد المتوفى في البصرة سنة (٢٤٠هـ).
- الأحكام في الحلال والحرام للإمام الهادي إلى الحق يحي بن الحسين بن القاسم بن إبراهيم الرسي، أبي الحسين المتوفى سنة (٢٩٨هـ).
- أصول الأحكام الجامع لأدلة الحلال والحرام للإمام المتوكل على الله أحمد بن سليمان المتوفى (٥٦٦هـ).
- شفاء الأوام في أحاديث الأحكام للتمييز بين الحلال والحرام، للأمير الحسين بن بدر الدين محمد اليحيوي، المتوفى سنة (٦٦٣هـ) .

٢ -من كتب المحدثين:

- الأمهات الست.
- المصنف، لأبي بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني المتوفى سنة (٢١١هـ).
- التلخيص الحبير في أحاديث الرافعي الكبير، لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني المتوفى سنة: ٨٥٢ هـ.
- جامع الأصول في أحاديث الرسول لابن الأثير الجزري المتوفى سنة(٦٠٦هـ).
- الجمع بين الصحاح الستة، لرزين بن معاوية الأندلسي المتوفى سنة(٥٢٥هـ) وقيل سنة(٥٣٥هـ) (مخطوط).
- سنن البيهقي الكبرى لأحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبي بكر البيهقي المتوفى سنة (٤٥٨هـ).

- سنن الدار قطني لعلي بن عمر أبي الحسن الدار قطني البغدادي المتوفى سنة: ٣٨٥هـ.
- سنن الدارمي لعبدالله بن عبدالرحمن أبي محمد الدارمي.
- صحيح ابن حبان لمحمد بن حبان بن أحمد أبي حاتم التميمي البستي.
- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد للحافظ نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي المتوفى سنة ٨٠٧هـ.
- المراسيل، لسليمان بن الأشعث السجستاني أبي داود.
- المستدرك على الصحيحين لمحمد بن عبدالله أبي عبدالله الحاكم النيسابوري المتوفى (٤٠٥ هـ).
- مسند أبي يعلى لأحمد بن علي بن المثنى أبي يعلى الموصلي التميمي.
- مسند البزار، لأبي بكر أحمد بن عمرو بن عبد الخالق البزار.
- مسند الشافعي، لمحمد بن إدريس أبي عبد الله الشافعي
- مسند الشهاب لمحمد بن سلامة بن جعفر أبي عبد الله القضاعي
- المسند لعبدالله بن الزبير أبي بكر الحميدي .
- مصنف ابن أبي شيبة .
- المعاجم (الكبير و الأوسط و الصَّغِيْرُ)لسليمان بن أحمد بن أيوب أبي القاسم الطبراني المتوفى سنة: ٣٦٠هـ
- معالم السنن لأبي سليمان الخطابي.
- معرفة السنن والآثار عن الإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي ، للحافظ الإمام أبي بكر أحمد بن الحسين البيهقي.
- موطأ الإمام مالك بن أنس أبو عبدالله الأصبحي المتوفى سنة(١٧٩ هـ).
- النهاية في غريب الحديث و الأثر، لأبي السعادات المبارك الجزري.
- التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري: ت: ٤٦٣هـ.
- الجامع الصحيح مسند الإمام الربيع بن حبيب، للربيع بن حبيب بن عمر الأزدي البصري.

ثالثاً: في الفقه:

١ -من كتب المذهب:

- الأزهار في فقه الأئِمة الأطهار للإمام أحمد بن يحيى المرتضى (ط)
- الإفادة في الفقه للإمام المؤيد بالله أحمد بن الحسين الهاروني، المتوفى (٤١١هـ) (خ).
- الزوايد للشيخ محمد الجيلي الناصري وقد نسبت لأبي جعفر خطأً(خ).
- الغيث المدرار المفتح لكمائم الأزهار من فقه الأئمة الأطهار للإمام المهدي أحمد بن يحيى المرتضى المتوفى (٨٤٠هـ)(خ) .
- الكواكب النيرة الكاشفة لمعاني التذكرة الفاخرة في فقه العترة الطاهرة للفقيه يحيى بن أحمد بن مظفر(٨٧٥هـ)(خ) .
- اللمع في فقه أهل البيت للأمير جمال الدين علي بن الحسين، المتوفى (٦٢٧هـ)(خ).
- الانتصار على علماء الأمصار للإمام المؤيد بالله يحيى بن حمزة الحسيني المتوفى سنة ٧٤٩ هـ (٤/١ (ط) والبقية ما يزال (مخطوطاً).
- البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار للإمام أحمد بن يحيى المرتضى.
- بيان السحامي البيان في الفقه المشهور ببيان السحامي لعلي بن ناصر السحامي من علماء القرن السابع الهجري.(مخطوط).
- البيان الشافي المنتزع من البرهان الكافي للقاضي العلامة عماد الدين يحيى بن أحمد بن مظفر (ط).
- التحرير -للإمام أبي طالب يحيى بن الحسين الهاروني (ط) .
- التذكرة الفاخرة في فقه العترة الطاهرة للحسن بمن محمد النحوي المتوفى سنة ٧٩١هـ(ط).
- تعليق ابن أبي الفوارس (خ).
- تعليق الإفادة لابن تال الناصري(خ) .
- التعليق على اللمع (شرح اللمع) للقاضي عبد الله بن الحسن الدواري المتوفى سنة٨٠٠ هـ(خ).

- التفريعات لعلي خليل (خ).
- التقرير شرح التحرير للأمير الحسين بن محمد ت:٦٦٢هـ (خ).
- الجامع في الشرح المعروف بشرح القاضي زيد على التحرير للقاضي زيد بن محمد الكلاري من أعلام القرن الخامس الهجري(خ).
- الحفيظ في الفقه لإبراهيم بن محمد بن سليمان البوسي المتوفى بعد (٧٤٩هـ) . (خ)
- الروضة المشهورة في الفقه لمحمد بن سليمان بن أبي الرجال (خ) .
- الرياض الظاهرة على التذكرة الفاخرة للفقيه يوسف بن أحمد الثلائي المتوفى (٨٣٢هـ) (خ).
- الزهور المشرقة على اللمع للفقيه يوسف بن أحمد بن محمد عثمان الثلائي المتوفى سنة ٨٣٢هـ (خ) .
- شرح أبي مضر الجامع للجواهر والدرر (خ).
- شرح الإبانة على مذهب الناصر للحق، لأبي جعفر محمد بن يعقوب الهوسمي. (خ).
- شرح الأزهار للعلامة أبي الحسن عبدالله بن مفتاح رحمه الله (ط).
- شرح الحفيظ ليوسف بن محمد الأكوع (خ) .
- شرح الصعيتري (خ).
- شمس الشريعة لسليمان بن ناصر السحامي (خ).
- الكافي في شرح الوافي لأبي جعفر محمد بن يعقوب الهوسمي(خ).
- مجموع علي بن محمد خليل المتوفى في [ق ٥ هـ] (خ).
- مذاكرة الدواري للشيخ عطية النجراني. وقيل: لـ (لدواري). (خ) .
- معيار الأفهام في الكشف من مناسبات الأحكام لعبد الله بن محمد بن أبي القاسم النجري [٨٢٥-٨٧٧ هـ] (خ).
- المنتخب ويليه كتاب الفنون- مما سأل عنهما القاضي العلامة محمد بن سليمان الكوفي الإمام الهادي إلى الحق يحيى بن الحسين بن القاسم(ط).
- المنهج المنير الجامع لفوائد التحرير لابن معرف (خ) .
- المهذب في فتاوى الإمام المنصور بالله عبدالله بن حمزة عليه السلام. (ط)
- الوافي في مذهب الهادي يحيى بن الحسين للشيخ علي بن بلال (خ).

- الياقوتة ليحيى بن الحسين الحسني اليمني المتوفى (٧٢٩هـ)(خ) .

٢ -من كتب المذاهب الأخرى:

١ - الإرشاد للإمام شرف الدين إسماعيل بن أبي بكر الشهير بابن المقري اليمني الشافعي، المتوفى سنة.

٢ - الأم لمحمد بن إدريس الشافعي أبي عبد الله المتوفى سنة: ٢٠٤هـ.

٣ - المجموع شرح المهذب لمحي الدين بن شرف النووي أبي زكريا المتوفى سنة ٦٧٦هـ.

٤ - المحلى شرح المجلى، لعلي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري .

٥ - المدونة الكبرى للإمام مالك بن أنس.

٦ - التوسط والفتح بين الروضة والشرح للإمام شهاب الدين أبي العباس الأذرعي المولود بأذرعات سنة ٨٠٧ المتوفى في سنة ٧٨٣هـ(خ).

٧ - الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني- لعلي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري الشافعي.

٨ - روضة الطالبين وعمدة المفتين، للإمام النووي.

٩ - فتاوى القاضي حسين بن محمد المروروذي ت: سنة ٤٦٢هـ (خ).

١٠ - فتح الجواد بشرح الإرشاد لأبي العباس أحمد شهاب الدين بن حجر الهيتمي الشافعي.

١١ - فتح العزيز شرح الوجيز وهو الشرح الكبير للإمام أبي القاسم عبد الكريم بن محمد الرافعي المتوفى سنة ٦٢٣ هـ.

١٢ - مختصر اختلاف العلماء للجصاص- لأحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي.

١٣ - مختصر المزني - الأم، لمحمد بن إدريس الشافعي أبي عبد الله.

١٤ - المهذب في فقه الإمام الشافعي، لإبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي أبي إسحاق.

١٥ - مختصر القدوري في الفقه الحنفي - لأحمد بن محمد البغدادي الحنفي القدوري.

١٦ - أسنى المطالب في شرح روض الطالب لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري.

رابعاً : في أصول الفقه :

*أَنْوَارِ الْبُرُوقِ فِي أَنْوَاءِ الْفُرُوقِ لِلْعَلَّامَةِ شِهَابِ الدِّينِ أَبِي الْعَبَّاسِ أَحْمَدَ بْنِ إدْرِيسَ الصِّنْهَاجِيِّ الْمَشْهُورِ بِالْقَرَافِيِّ-(ط) .

خامساً: في اللغة:

*شرح لامية العجم لتقي الدين أبي بكر بن عبد الله المعروف بابن حجة الحموي المتوفى سنة ٨٣٧ هـ (خ).

المطلب السادس

ملاحظات على الكتاب

١ -مع سعة علم ابن بهران ومبلغه مرتبة الاجتهاد إلا أنه ظهر مقلدا للمذهب ولإمامه شرف الدين في أكثر المسائل .

٢ -نسبة بعض الأقوال إلى غير قائليها أحياناً، وإذا نسب ينقل فحوى الكلام لا عينه فيلتبس الأمر نوعاً ما على الباحث.

٣ -ذكره للأحاديث بالمعنى أحياناً، أو يدرج روايتين في رواية، أو تفسيراً من عنده تتوهم أنه من صلب الحديث.

٤ - استدلاله ببعض الأحاديث من غير الصحيحين مع وجودها فيهما أو في أحدهما.

٥ - إهماله لمذهب الإمام أحمد بن حنبل إلا في بعض المسائل القليلة، وكان الأولى له كونه قد سلك في كتابه مسلك الفقه المقارن ذكر أقواله كون مذهبه من المذاهب المعتبرة والمعتمدة.

٦ - إطرائه الزائد والمبالغ فيه أحياناً للإمام شرف الدين.

٧ - عدم الترتيب عند ذكر الأئمة من العلماء والرواة أحياناً كتقديم الشافعي على مالك أو أبي حنيفة وأحياناً يقدم في التخريج الشافعي على مسلم وهكذا.

٨ - إيراده لبعض المسائل مع الحكم عليها بدون دليل من كتاب أو سنة أو إجماع.

٩ - عدم الترضية على الصحابة إلا في بعض المواطن القليلة.

المطلب السابع

منهجي في الدراسة والتحقيق

١- اعتمدت النسخة الخطية التي سيأتي وصفها، وقابلتها مع النسخ الأخرى .

٢- أثبت في الأصل العبارة التي رأيتها أقرب إلى الصواب عند وجود الاختلاف بين النسخ أو النسختين مع الإشارة في الهامش إلى عبارة النسخة المخالفة لما أثبته.

٣- أبرزت متن الأثمار بخط مميز ومشكل غالباً حتى يتميز عن الشرح.

٤- المخطوطة نسخت بالرسم العثماني فاعتمدت الرسم الإملائي الحديث ووضعت علامات الترقيم المتعارف عليها.

٥- كثيراً ما يكون في بعض النسخ سقط لبعض الكلمات أو الجمل،فأثبت العبارة كما هي في النسخة التي فيها زيادة جاعلاً لها بين معقوفتين هكذا [ ] منبها في الهامش على مصدر الزيادة، وإن كانت الزيادة غير مستقيمة لا معنى لها أكتبها في الهامش وأنبه على مصدرها وأعلل عدم إثباتها .

٦- جاءت الرسالة خالية من العناوين للفصول فما احتاج إلى إبرازه وضعت له عنواناً يتلاءم مع مضمونه وجعلته بين معقوفتين .

٧- ضبطت الآيات القرآنية و عزوتها في الهامش إلى مواضعها من القرآن الكريم.

٨- عزوت الأحاديث إلى مظانها،وقد أذكر أحياناً للحديث مصادر أخرى غير التي ذكرها المؤلف مع تخريجها ما لم تكن في الصحيحين أو في أحدهما.

٩- عزوت الأقوال إلى قائليها مع ذكر مصادرها غالباً، ولم أقحم نفسي في ترجيح أي الأقوال خشية الإطالة إلا في بعض المواطن القليلة.

١٠- ترجمت للأعلام عدا الخلفاء والأئمة الأربعة.

١١- أوضحت معاني الكلمات اللغوية الغريبة والأماكن والبلدان والفرق بالرجوع إلى كتب اللغة ومعاجم البلدان.

١٢- وضعت صوراً من المخطوط المعتمد للكتاب.

١٣- وأخيراً وضعت فهارس للرسالة اشتملت على:-

أ- فهرس للآيات القرآنية .

ب-فهرس للأحاديث النبوية .

ت-فهرس للآثار والأخبار.

ث-فهرس للأعـــــــــلام.

ج- فهرس للمفردات الغريبة.

ح- فهرس للفرق والمذاهب.

خ- فهرس للأماكن والبلدان .

د- فهرس للمراجع والمصادر.

ذ- فهرس الموضوعـــــات .

المطلب الثامن

وصف نسخ المخطوط المعتمدة ونماذج مصورة منها

عثرت على ثلاث نسخ للمخطوط، نسخة محفوظة في مؤسسة زيد بن علي بصنعاء والثانية، ثلاثة مجلدات من مكتبة بيت الذاري محفوظة كذلك في مؤسسة زيد، ونسخة ثالثة من (المكتبة الغربية) في الجامع الكبير بصنعاء، و بينهن تفاوت في تاريخ النسخ فاعتمدت الأقدم نسخاً وجعلتها الأم ورمزت إليها بــ (أ) ثم التي تليها في أقدمية النسخ رمزت إليها بــ (ب) والنسخة الثالثة رمزت إليها بــ (ج) وخشية الإطالة اكتفيت بالاستئناس بها وذكرها في بعض المواضع من تحقيق الكتاب، ولوصف تفصيلي للنسخ يذكر الباحث الآتي:

- **النسخة الأولى (أ):**

١- **اسم الكتاب**: الجزء الثاني من ثلاثة أجزاء من كتاب تفتيح القلوب والأبصار للاهتداء إلى كيفية اقتطاف أثمار الأزهار.

٢- **اسم المؤلف**: العلامة القدوة الضمضامة عزالدين وفص خاتم الشيعة الأكرمين ودرة تاجهم اليمين محمد بن يحيى بن محمد بن بهران التميمي البصري .

٣- **أول النسخة من المجلد الثاني**:" بسم الله الرحمن الرحيم وبه نستعين، رب يسر وأعن يا كريم كتاب النكاح قال في البحر......"

٤- **آخر النسخة**:.... لأن إمساكه إياه من دون إصلاح تعدٍ والله أعلم. والحمد لله رب العالمين وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وسلم تسليما.

٥- **نوع الخط** : خط نسخي جيد .

٦- **تاريخ النسخ**: ضحى يوم الجمعة الأغر لعله التاسع من شهر رمضان المعطر أحد شهور سنة سبع وسبعين وألف من الهجرة النبوية على صاحبها أفضل الصلاة والتسليم.

٧- الناسخ : حسن أحمد بن يحيى بن إبراهيم الآنسي .

٨- عدد الأوراق: ٣٧٦ ورقة كل ورقة تتكون من صفحتين كل صفحة منها تحتوي على ٣٠ سطراً تقريباً، كما يحتوي كل سطر منها على ١٣ كلمة تقريباً.

٩- عناوين الأبواب بالقلم الأسود الكبير و نص متن الأثمار بالقلم الأحمر والشرح بالأسود.

- **النسخة الثانية (ب):**

١- **اسم الكتاب** : كتاب تفتيح القلوب والأبصار للاهتداء إلى اقتطاف أثمار الأزهار .

٢- **اسم المؤلف**: بدون.

٣- **أول النسخة من المجلد الثاني:**" بسم الله الرحمن الرحيم وبه ثقتي كتاب النكاح قال في البحر ......"

٤- **آخر النسخة:**..... لأن إمساكه إياه من دون إصلاح تعدٍ والله أعلم.

٥- **نوع الخط** : خط نسخي ممتاز .

٦- **تاريخ النسخ** : ضحى يوم الخميس من شهر شوال أحد شهور عام ١٠٧٨هـ بعناية الحسين بن الحسن الإمام القاسم.

٧- الناسخ: مجهول.

٨- عدد الأوراق: ٣٩٢ ورقة كل ورقة تتكون من صفحتين كل صفحة منها تحتوي على ٢٩ سطراً تقريباً، كما يحتوي كل سطر منها على ١٣ كلمة تقريباً.

٩- عناوين الأبواب بالقلم الأحمر وأحياناً بالأسود الكبير و نص متن الأثمار بالقلم الأحمر والشرح بالأسود.

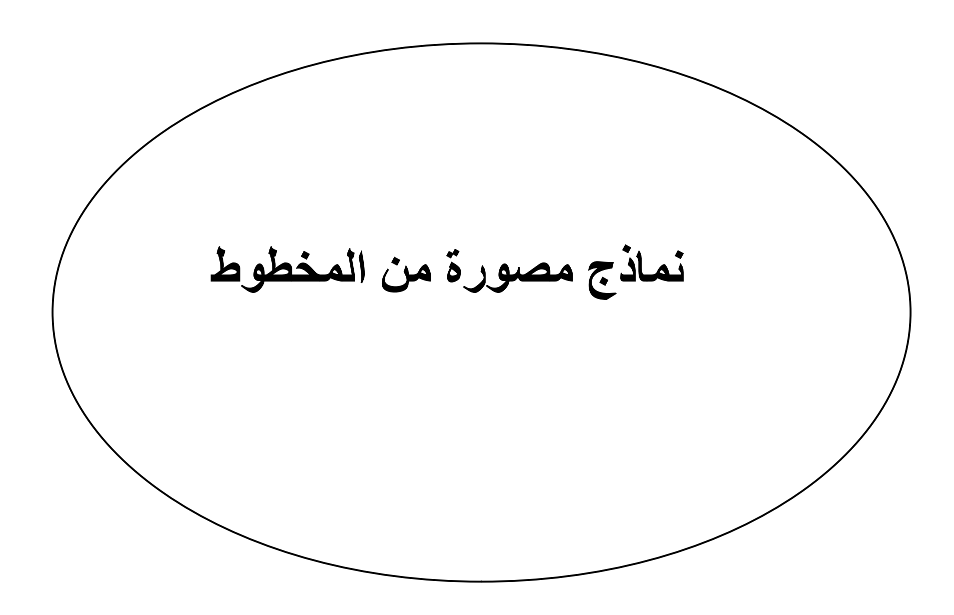
- **النسخة الثالثة (ج):**

* الناسخ لها مجهول، وكتبت بخط نسخي جيد من شهر ربيع الأول سنة ١١٠٢هـ.

*ابتدأت بكتاب النكاح وانتهت بباب الوقف عدد الأوراق والمقاس (٣٨٠ق،٢٧ س، ٢٩*٢١سم.

*خطها نسخي معتاد خط الأبواب بالمداد الأسود بالقلم المبجل وكذلك مداخل الفصول و نص متن الأثمار بالأحمر والشرح بالأسود [1].

1- فهرس المكتبة الغربية صـ٥٤٣ .


نماذج مصورة من المخطوط



الجزء الثاني من ثلاثة اجزا
من كتاب تفتيح القلوب والابصار للاهتدى
الى كيفية اقتطاف اثمار الازهار تاليف سيدنا القاضي
العلامة القدوة الضمضامة
عز الدين وفخر الشيعة
الاكرمين ودرة تاجهم
محمد بن يحيى
بن محمد بن بهران
بل الله بوابل
الرحمة ثراه
وجعل الجنة
مصيره ومثواه
امين اللهم
امين

وصلى الله على محمد وآله وسلم

صورة صفحة العنوان من الجزء الثاني من المخطوط النسخة (أ)

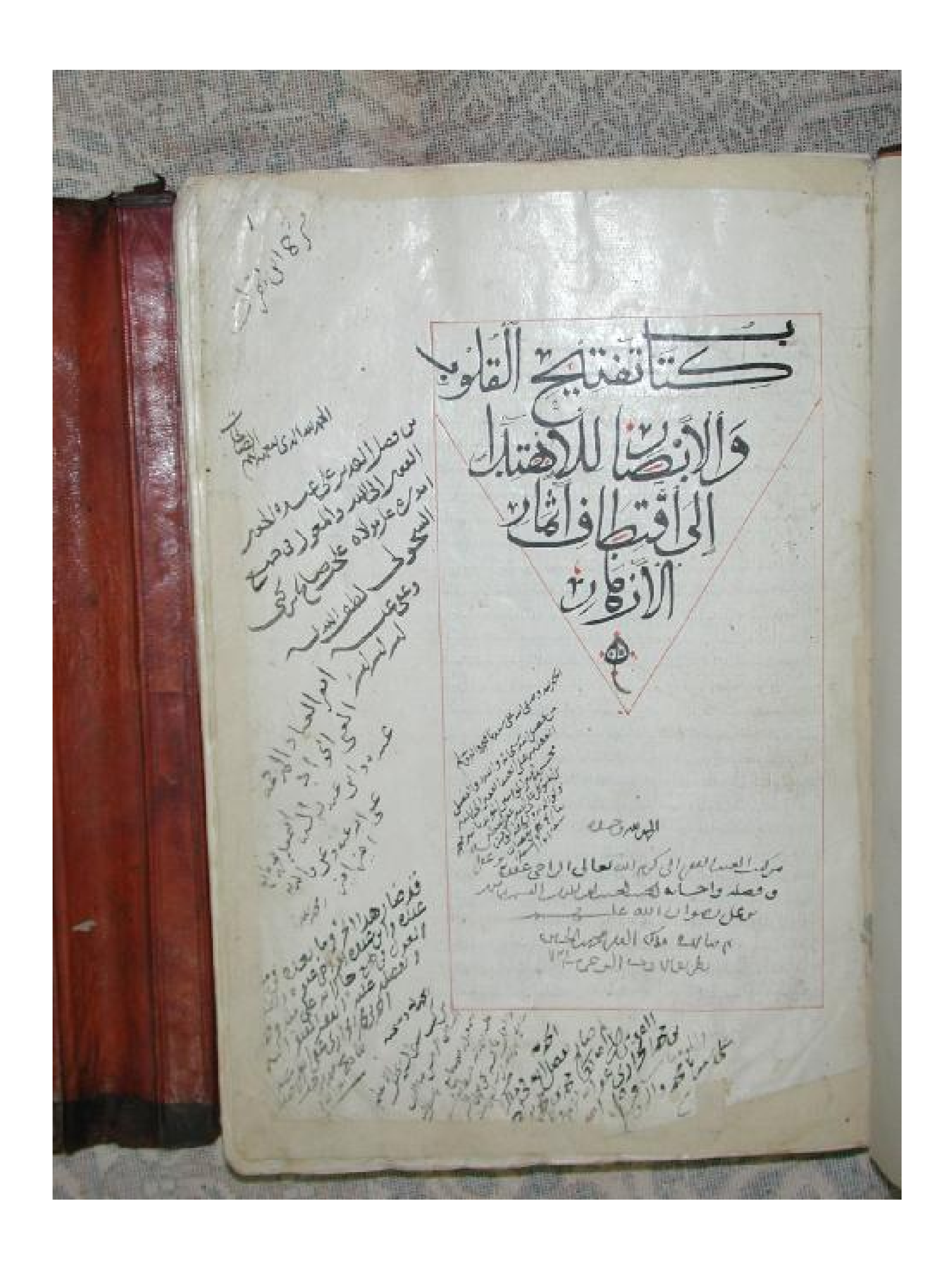


الورقة الأولى من المخطوط النسخة (أ)

الورقة (٨٠) من المخطوط النسخة (أ)



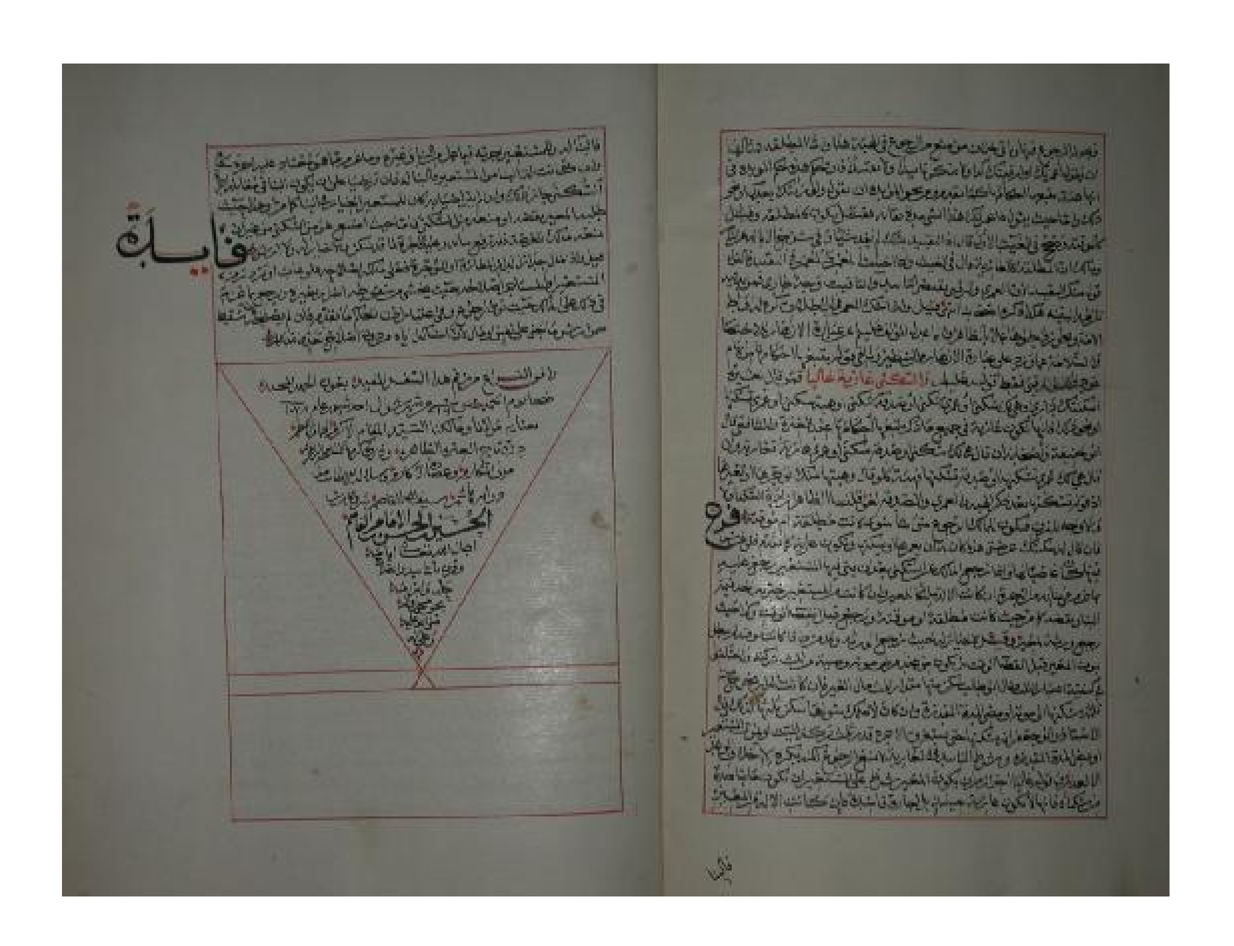
الورقة الأخيرة من المخطوط النسخة (أ)



صورة صفحة العنوان من الجزء الثاني من المخطوط النسخة (ب)



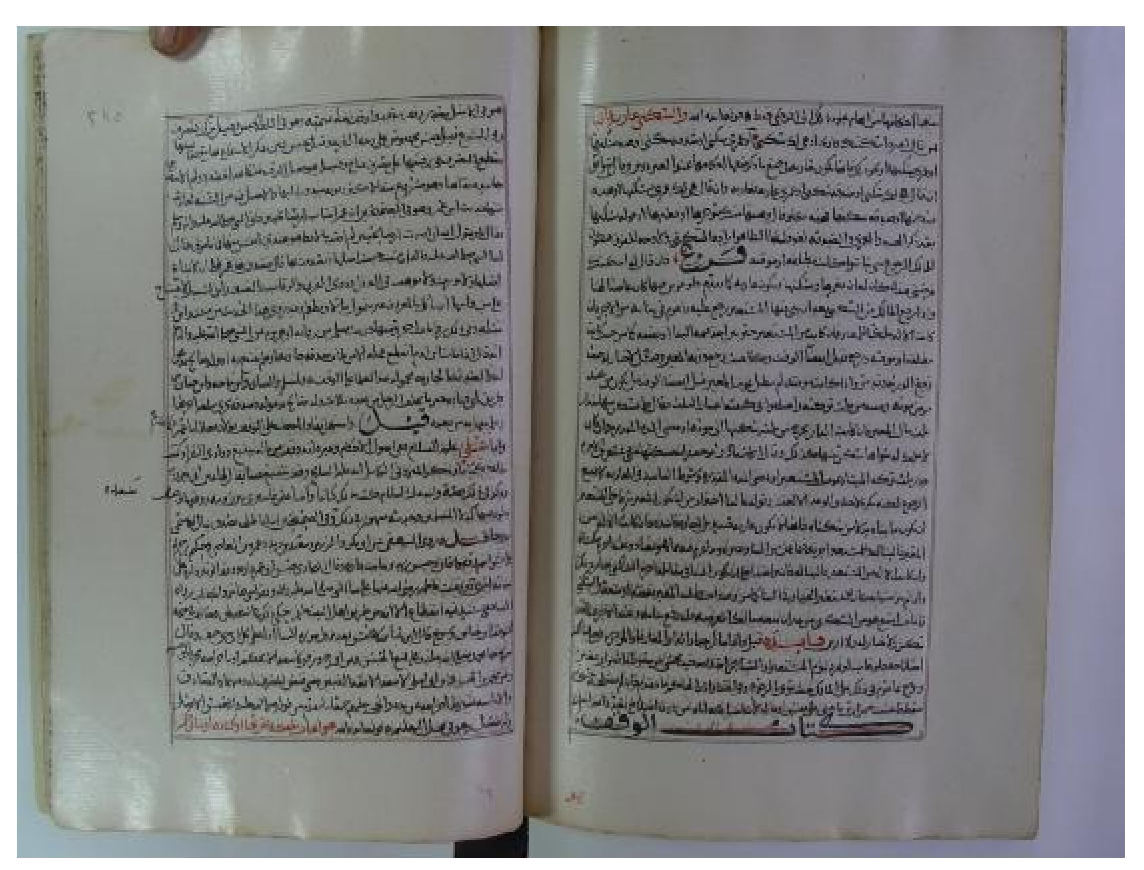
الورقة (٨٥) من المخطوط النسخة (ب)



الورقة الأخيرة من المخطوط النسخة (ب)



الورقة (٧١) من المخطوط النسخة (ج)



الورقة الأخيرة من المخطوط النسخة (ج)

كِتَابُ الطَّلَاقِ

هو في اللغة راجع إلى[1] معنى التخلية والإرسال[2]، ويلاقيه[3] في الاشتقاق الإطلاق والانطلاق وطلق المرأة للولادة، وقولهم فلان طلق الوجه أي خال عن العبوس، وخصه الشرع بالإرسال من قيد النكاح على وجهٍ مخصوص.

والطلاق مصدر طلقت المرأة بفتح الطا واللام ولا يجوز ضم اللام، وطلَّق الرجل امرأته بتشديد اللام تطليقاً .

وأما في الشرع فقال في الغيث: "هو قول مخصوص أو ما في معناه يرتفع به النكاح أو يَنْثَلِمُ "[4] هـ [5].

وقال في البحر:" اللفظ المزيل لعقد النكاح من غير فسخ أو ما في حكمه"[6]. أي حكم اللفظ.

وقيل: هو لفظ مخصوص أو ما يجري مجراه، يرتفع به النكاح بين الزوجين يملكه الرجال دون النساء [7]. وفوائد القيود في جميع هذه الحدود ظاهرة .

والأصل فيه من الكتاب آيات كثيرة:

منها قوله تعالى "**(**الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ**)**[8]وقوله [تعالى] [9]**(** إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاء فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ**)**[10] ونحوهما .

ومن السنة أخبار كثيرة سيأتي ذكر بعضها، وأما الإجماع فلا خلاف في كونه مشروعاً.

---

1 -في (أ) في .

2 - لسان العرب لمحمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري، دار صادر - بيروت، ط١ (ج١٠/ص٢٢٧).

3 -لقد كتب الناسخ المخطوط بالخط العثماني وبدون تنقيط أحياناً على بعض الحروف كالباء والياء والجيم والنون ككلمة يلاقيه كتبت بدون وضع نقاط على الحروف وبدون وضع الهمزة على المطلوب كالنساء وكذلك بدل الهمزة ياء كسائر كتبت كساير أو الزوايد كتبت الزوايد وغيرها، وعليه فلن أشير إلى ذلك خشية الإطالة في الحاشية .

4 - معنى ينثلم أي يرتفع الحل (شرح الأزهار للعلامة أبي الحسن عبدالله بن مفتاح رحمه الله – مكتبة التراث الإسلامي –اليمن – صعده ط١سنة٢٠٠٣م. (ج٢/٥٢٧).وجاء في الصحاح لإسماعيل بن حماد الجوهري (ت٣٩٣هـ). دار العلم للملايين- بيروت.ط٤/١٩٩٠م (٦ / ١٥٩)- الثلمة: الخلل في الحائط وغيره. وقد ثلمته أثلمه بالكسر ثلما. يقال: في السيف ثلم، وفى الإناء ثلم، إذا انكسر من شفته شيء. وثلم الوادي بالتحريك، وهو أن ينثلم حرفه. وثلمت الشيء فانثلم وتثلم. وثلم الشيء بالكسر يثلم، فهو أثلم بين الثلم. وثلمته أيضا شدد للكثرة. والمثلم: اسم موضع.

5 - الغيث المدرار المفتح لكمائم الأزهار من فقه الأئمة الأطهار للإمام المهدي أحمد بن يحيى المرتضى المتوفى(٨٤٠هـ) ج٢ (مخطوط) .

6 -البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار للإمام أحمد بن يحيى المرتضى - مكتبة اليمن (ج ٧ / ص ١٣٩).

7 -ينظر حاشية ابن عابدين (ج٣/ص٢٢٧) بنحوه.

8 - البقرة:٢٢٩.

9 - الزيادة من (أ،ب).

10 - الطلاق١.

وقد يكون الطلاق واجباً ومستحباً ومحظوراً ومكروهاً ومباحاً، أما الواجب فحيث[1] يكون مولياً ولا يفيء، وحيث يعلم منها الفجور ولا تتوب وحيث لا يقوم بحقوق الزوجية مع القدرة عليها.

وأما المستحب فنحو طلاق زوجته الأمة إذا قدر على زواج حرة، وطلاق المتهمة بالزنا، وحيث عرف أن الزوجة تتضرر بترك الجماع[2] وهو عاجز عنه.

وأما المحظور فكطلاق البدعة، وحيث يعرف من نفسه الوقوع في المحظور إذا طلق.

وأما المكروه فنحو أن يطلق المرأة لتحل لزوجها الأول بعد أن ثلثها، وحيث يستحب له النكاح ولا يجد سواها.

وأما المباح فحيث يخلو عن الوجوه المذكورة، ويحتمل أن يكون هذا القسم مكروهاً لحديث ابن عمر[3] أنّ رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وآله[4] " قَالَ أَبْغَضُ الْحَلَالِ إلى اللَّهِ تعالى الطَّلَاقُ "[5] رواه أبو داود[6] وابن ماجة[7] والحاكم[8] وقد أعله بعضهم وروي مرسلاً والله أعلم.

---

1 - في (أ) "فهو حيث".

2 - في (ج) "النكاح".

3- هو عبد الله بن عمر بن الخطاب بن نفيل بن عبد العزى، الإمام القدوة شيخ الإسلام،أسلم وهو صغير، ثم هاجر مع أبيه ولم يحتلم، أول غزواته الخندق، ضمن من بايع تحت الشجرة، شهد الفتح وله عشرون سنة، روى علماً كثيراً نافعاً عن النبي r والخلفاء الراشدين وطائفة، كان كثير الصيام ، قليل النوم، قواماً بالليل، مكث ستين سنة يفتي الناس، مات رحمه الله بمكة سنة أربع وسبعين .(سير أعلام النبلاء لمحمد بن أحمد بن عثمان الذهبي المتوفى سنة ٧٤٨هـ-مؤسسة الرسالة : بيروت- لبنان- ط٩/ ١٤١٣هـ بتحقيق شعيب الأرناؤوط ومحمد نعيم العرقسوسي. (٢٠٣/٣).

4- في (ب) "ص~" و أحياناً يرمز له ب"صللم "وكذا في (أ) فما ذكر بدون رمز أثبته سواءً أكان في (أ) أو (ب) مع العلم أن الرمز في (ب) في أغلب بقية النسخة فلن يشار إليه لاحقاً .

5- أخرجه أبو داود في سننه- كتاب الطلاق -باب كراهية الطلاق -رقم٢١٧٨- دار الفكر- تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد (ج٤٣٨/٢) وابن ماجه في السنن - كتاب الطلاق- باب حديث سعد بن سعيد برقم٢٠١٨-: دار الفكر - بيروت - تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي. (ج٥٠٠/٢) والحاكم في المستدرك على الصحيحين وصححه- كتاب الطلاق- رقم ٢٧٩٤ - دار الكتب العلمية- بيروت –ط١٩٩٠/١م، ، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا(ج٢/ص٢١٤)، ورجح أبو حاتم إرساله، وكذا الدار قطني والبيهقي، و ضعفه الألباني ينظر(ضعيف سنن أبي داود).ط: المكتب الإسلامي –بيروت : لبنان ط١٩٩١/١م بتحقيق زهير الشاويش (ص ٢١٤).

6- هو سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني الإمام العلم صاحب كتاب السنن والناسخ والمنسوخ والقدر والمراسيل وغير ذلك، ولد سنة اثنتين ومائتين ،روى عن مسلم بن إبراهيم وأبي الوليد الطيالسي وخلق، وعنه الترمذي وابنه أبو بكر وأبو عوانة وخلق، مات في شوال سنة خمس وسبعين ومائتين(طبقات الحفاظ. لعبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي المتوفى سنة ٩١١ هـ ط: دار الكتب العلمية: بيروت : ط١ ١٤٠٣هـ (٢٦٥/١).

7- هو محمد بن يزيد الحافظ الكبير الحجة المفسر أبو عبد الله ابن ماجة القزويني مصنف السنن والتاريخ والتفسير وحافظ قزوين في عصره ولد سنة تسع ومئتين وتوفي رحمه الله يوم الاثنين ودفن يوم الثلاثاء لثمان بقين من رمضان سنة ثلاث وسبعين ومئتين وقيل سنة خمس والأول اصح وعاش أربعا وستين سنة (سير أعلام النبلاء ج١٣/ص٢٧٧).

8- هو أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن محمد النيسابوري المعروف بالحاكم صاحب المستدرك وتاريخ نيسابور ،كان فقيها حافظا ثقة، انتهت إليه رياسة أهل الحديث طلب العلم في صغره ورحل إلى الحجاز والعراق مرتين وروي عن خلائق، مضى

فائـــــدةٌ[1]: قال بعض المحققين: الطلاق إسقاط الحق الثابت بعقد النكاح فيلزم منه نقصان الحل[2] السابق على الطلاق، ولذلك كان مكروهاً[3][4/] كما نبه عليه الشارع، ولذلك شرعت فيه الحرمة بالتثليث زجراً عنه، ووجب إيقاعه للسنة لكي يصدر عن تثبتٍ وكمال نظر،واشترط فيه كونه في طهر لم يجامعها فيه ولا في حيضته المتقدمة عليه لأن إيقاعه مع التمكن من الوطء[5] عند الحاجة مظنة اختيار الأصلح ونهى عن العجلة في الطلاق، وشرعت الرجعة تلافياً للحق الساقط وجعل نصاب البينونة ثلاثاً لأنه عدد قد شرع للتروي كما في الاستتابة وغيرها ولكونه إسقاطاً للحق لم يصح من ولي الصغير ولا من سيد العبد، وصح من دون عوض فلم يكن لخروج البضع قيمة عندنا خلاف ش [6] [انتهى] [7] [8].

قوله عليلم[9]:" **إِنَّمَا يَصِحُّ مِنْ زَوْجٍ مُخْتَارٍ مُكَلَّف غَالِبًا** "فلا يصح الطلاق من غير الزوج، كالتطليق قبل النكاح كأن يقول لامرأة أجنبية أنت طالق ثم يتزوجها فإنها لا تطلق إجماعاً، وكذا لو قال لامرأة إن دخلت الدار فأنت طالق ثم تزوجها فدخلت الدار فإنها لا تطلق إجماعاً لقوله صلى الله عليه وآله " لا طَلاقَ إلَّا بَعْدَ نِكَاحٍ وَلا عِتْقَ إلَّا بَعْدَ مِلْكٍ " أخرجه [الحاكم][10] في المستدرك[11]وصححه، وقد روي بمعناه من طرق عدة لا يخلو أيّها[12] عن مقال والله أعلم .

وأما حيث أضاف الطلاق إلى حال الزوجية نحو أن يقول لأجنبية[13] إن تزوجتك فأنت طالق ففي هذه ثلاثة أقوال:

=إلى رحمة الله ولم يتخلف مثله في ثامن صفر سنة خمس وأربعمائة . ينظر(طبقات الفقهاء) لإبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي أبي إسحاق المتوفى سنة ٤٧٦هـ ط:دار القلم –بيروت :لبنان بتحقيق خليل الميس (ج١/ص٢٢٢) .

1 - هكذا كتبت في المخطوط ويستحسن بالهمز "فائـــــدةٌ".

2 - في (أ) الحق .

3 - البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لزين الدين ابن نجيم الحنفي، - دار المعرفة - بيروت، ط٢ / (ج٣/ص٢٥٣). بنحوه.

4 - نهاية ورقة ٨٥ من النسخة (ب) .

5 - في (أ،ب) كتبت "الوط" بدون همزة وكذلك في بقية المخطوط.

6 - في (ب)" الشافعي" بدل ش وهو رمز له وكذا في بقية النسخة فلا داعي لتكراره.

7 - الزيادة من(ب) وكررت في عدة مواضع فيها ولا توجد في النسخ الأخرى فلا داعي للتكرار.

8 - البحر الزخار (ج ١١ / ص ١٨٠ ،٢١٦) .

9 -هو رمز لـــ "عليه السلام" في (أ،ب) وأحياناً مكتوباً في (ب) وأما (ج) فالغالب فيها (أيده الله) بدل "عليلم" وكلمة (عليه السلام) مصطلح درج عليه أئمة الزيدية والشيعة في إضافته لعلمائهم بينما قصره الجمهور على الأنبياء والملائكة دون غيرهم.والمقصود به الإمام يحيى شرف الدين.

10 - سقط من (أ، ب).

11 -المستدرك - تفسير سورة الأحزاب بسم الله الرحمن الرحيم -رقم ٣٥٧١ عن معاذ بن جبل t . (ج٢/ص٤٥٤) وصححه الألباني.ينظر(الجامع الصغير وزيادته رقم ٧٥٢٣ ط/ المكتب الإسلامي (ج١ /ص ١٣٤٨).

12 - في (ج)" بها".

13 - في (أ)" للأجنبية".

فمذهب الهادي[١] والقاسم[٢] والناصر[٣]وش وغيرهم أن الطلاق لا يقع إذا تزوجها للحديث المذكور ونحوه [٤].

القول الثاني: لأبي حنيفة ورواية عن م[٥] [بالله][٦]أنه يصح كالطلاق المشروط[٧].

قلنا: من لا يملك المطلق لا يملك المشروط.

القول الثالث: لمالك وابن أبي ليلى[٨] أنه إن عين المرأة أو قبيلتها وقع متى تزوجها لا حيث قال من تزوجتها فهي طالق ونحوه فلا يقع [٩].

لنا ما تقدم وكذا لا يصح [طلاق] [١٠] غير الزوج بغير أمره فلا يصح طلاق السيد عن عبده خلاف ابن عباس [١١]،

---

1 - هو الإمام الهادي إلى الحق يحيى بن الحسين بن القاسم بن إبراهيم بن إسماعيل بن إبراهيم بن الحسن بن الحسن بن علي بن أبي طالب، المتوفى بمدينة صعدة سنة ٢٩٨هـ عن أربع وخمسين سنة. ينظر (طبقات الزيدية الكبرى (القسم الثالث) ويسمى بلوغ المراد إلى معرفة الإسناد للسيد العلامة إبراهيم بن القاسم بن المؤيد بالله -إصدار مؤسسة الإمام زيد بن علي الثقافية (ج ١ / ص ١٨).

2 - كتب بدون ألف وكذلك في البقية.والقاسم هو : القاسم بن إبراهيم بن إسماعيل بن إبراهيم بن الحسن بن الحسن بن علي بن أبي طالب أبو محمد المعروف بالرسي- أحد كبار أئمة الزيدية وإليه تنسب القاسمية من الزيدية ولد سنة (١٩٦هـ) وتوفي سنة (٢٤٦هـ وقيل سنة ٢٤٢هـ) ينظر الجداول الصغرى مختصر الطبقات الكبرى للعلامة عبد الله بن الإمام الهادي الحسن بن يحيى القاسمي١٣٧٥هـ إصدار مؤسسة الإمام زيد بن علي الثقافية (ج ٢ / ص ٣٣٠) .

3 - هو الحسن بن علي بن الحسن أبو محمد المعروف بالناصر للحق الأطروش ولد بالمدينة سنة (٢٣٠هـ)كان زيدي المذهب شاعراً ظريفاً علامة إماما في الفقه والدين ، خرج إلى أرض الديلم وأقام بينهم نحو ثلاثة عشرة سنة يدعوهم إلى الإسلام، توفي في شهر شعبان سنة أربع وثلاثمائة، عن أربع وسبعون سنة. ينظر الكامل في التاريخ ج٦/ ص٤٨٠ ، ٤٨١ و الجداول الصغرى مختصر الطبقات الكبرى (ج ١ / ص ٣٠٥) .

4 -ينظر شرح الأزهار لعبد الله بن مفتاح (ج ٢ / ص ٣٨٢) والمهذب في فقه الإمام الشافعي، لإبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي أبي إسحاق، دار الفكر – بيروت (ج٢/ص٧٧).

5 - في (ب)" المؤيد" بدل" م " وهو رمز له وكذا في بقية النسخة فلا داعي لتكراره.

6 - الزيادة من (أ، ج) ورمز للمؤيد بـ "م ". وكذا في بقية النسختين.والمؤيد بالله هو أحمد بن الحسين الهاروني، الإمام ولد بآمل سنة ثلاثمائة وثلاثة وثلاثين، كان عالما ورعاً زاهداً لم ير في عصره مثله ذو عبادة وسخاء وشجاعة، روى عن أبي العباس الحسني، وأبي بكر المقرئ، وعدة، وعنه يوسف الجرجاني، والحسين بن محمد صاحب المحيط، وجماعة، توفي رحمه الله يوم عرفة سنة إحدى عشرة وأربعمائة عن ثمان وسبعين سنة. الجداول الصغرى مختصر الطبقات الكبرى(ج ١ / ص ١١٧) .بتصرف.

7 - ينظر شرح الأزهار لعبد الله بن مفتاح (ج ٢ / ص ٣٨٢). وشرح فتح القدير لكمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي، - دار الفكر - بيروت، الطبعة: الثانية . (ج ٤/ ١١٦). والمحلى (٢٥٢/١١).

8 - هو محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى قاضي الكوفة ،ولد سنة أربع وسبعين ومات سنة ثمان وأربعين ومائة وهو ابن اثنتين وسبعين سنة وتفقه على الشعبي والحكم بن عيينة وأخذ عنه الفقه سفيان الثوري والحسن بن صالح بن حي وقال سفيان الثوري فقهاؤنا ابن أبي ليلى وابن شبرمة وقال ابن أبي ليلى دخلت على عطاء فجعل يسألني فأنكر بعض من كان عنده وكلمه في ذلك فقال هو أعلم مني.(طبقات الفقهاء ج١/ص٨٥) .

9 -شرح مختصر خليل للخرشي (ج ٤/ ٣٨) دار الفكر للطباعة – بيروت .

10 - الزيادة من (ج).

11 - هو عبدالله بن عباس بن عبد الطلب أبو العباس الهاشمي، ابن عم رسول الله، يقال له الحبر والبحر لكثرة علمه، روى عن النبي وعن أبيه وأمه أم الفضل وأخيه الفضل وخالته ميمونة وجماعة، وعنه ابناه علي وابن ابنه محمد وخلق ، كان يقال ابن عباس أعلم أمة محمد بما انزل على محمد، دعا له النبي r بقوله " اللهم فقه في الدين، وعلمه التأويل مات سنة

ولا طلاق الأب عن ابنه الصغير خلاف الحسن وعطا[١]، ولا طلاق القاضي عن المولي [و][٢] إن لم يف خلاف ش [٣].

لنا قوله صلى الله عليه وآله [وسلم] [٤]"إنما الطَّلَاقُ لِمَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ " رواه ابن ماجة والطبراني [٥]والدار قطني[٦] من طرق لا يخلو أيها عن مقال، والله أعلم [٧].

وقوله مختاراً احتراز من المكره فلا يصح طلاقه[٨] عند الأكثر إلا أن ينوي، وعن ح [٩] وأصحابه[١٠] وجماعة من التابعين يصح طلاق المكره [١١].

لنا قوله صلى الله عليه وآله:"رفع [١٢]عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا[عليه][١٣]"[١٤]

=سبعين وهو بالطائف وقيل سنة ثمان وستين. ينظر (تهذيب التهذيب) لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني الشافعي- دار الفكر – بيروت ط١ / ١٤٠٤ – ١٩٨٤م .(ج٥/٢٤٢).

1- هو عطاء بن يسار الهذلي أبو محمد المدني القاضي مولى ميمونة، ثقة كثير الحديث مات سنة ثلاث أو أربع ومائة وقيل أربع وتسعين عن أربع وثمانين سنة بالإسكندرية (طبقات الحفاظ (٤١/١).

2 - ما بين المعقوفين سقطت من (أ) .

3 - ينظر حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب (التجريد لنفع العبيد) لسليمان بن عمر بن محمد البجيرمي-المكتبة الإسلامية - ديار بكر - تركيا (ج٤/ص٥٢) .

4 - الزيادة من (ب).

5 - هو سليمان بن أحمد بن أيوب أبو القاسم الطبراني، من كبار المحدثين، أصله من طبرية الشام، وإليها نسبته، ولد بعكا، ورحل إلى الحجاز واليمن ومصر والعراق وفارس والجزيرة، وتوفي بأصبهان سنة: ٣٦٠هـ، له ثلاثة (معاجم) في الحديث، وله كتب في (التفسير) و (الأوائل) و (دلائل النبوة) وغير ذلك . ينظر الأعلام للزركلي (٣ / ١٢١) بتصرف.

6 - هوالإمام علي بن عمر أبو الحسن الدار قطني البغدادي، الحافظ الشهير صاحب السنن والعلل والأفراد وغير ذلك، ولد سنة ست وثلاثمائة وسمع البغوي وابن أبي داود وخلائق حدث عنه الحاكم وأبو حامد الإسفرايني وخلائق، قال أبو ذر الحافظ: قلت للحاكم هل رأيت مثل الدار قطني؟ فقال هو لم ير مثل نفسه فكيف أنا، مات سنة خمس وثمانين وثلاثمائة هجرية. طبقات الحفاظ ٣٩٣/١).

7 - أخرجه ابن ماجة في السنن –كِتَاب الطَّلَاقِ- بَاب طَلَاقِ الْعَبْدِ رقم ٢٠٨١ (ج١/ص٦٧٢). والطبراني في المعجم الكبير - (مَن اسْمُهُ عصْمَةُ -رقم ١١٨٠٠ -مكتبة الزهراء - الموصل ط١/ ١٩٨٣- تحقيق: حمدي بن عبد المجيد السلفي(ج١١/ص٣٠٠). والدار قطني في سننه - كتاب الطلاق والخلع والايلاء وغيره رقم١٠٢ - دار المعرفة - بيروت - ١٩٦٦، تحقيق: السيد عبد الله المدني، (ج٤/ص٣٧). وحسنه الشيخ الألباني في إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل. - المكتب الإسلامي – بيروت .ط٢ - ١٩٨٥. (ج٧/ص ١٠٨).

8 - نهاية ورقة ٨٠ من (أ) .

9 - في (ب) أبي حنيفة بدل ح، وهو رمز له، و كذا في بقية النسخة غالباً.

10 - في (ج) أص بدل أصحابه.

11 - ينظر المبسوط لشمس الدين السرخسي- دار المعرفة – بيروت(ج٢٤/ص٤٠).

12 - في (ب) عفي.

13 - الزيادة من (ج).

14 - أخرجه أبو داود في سننه –كِتَاب الطَّلَاقِ تَفْرِيعِ أَبْوَابِ الطَّلَاقِ - بَاب في الطَّلَاقِ على غَلَطٍ –بلفظ "لَا طَلَاقَ ولا عَتَاقَ في غِلَاقٍ "قال أبو دَاوُد: الْغِلَاقُ أَظُنُّهُ في الْغَضَبِ -رقم ٢١٩٣ - دار الفكر - تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد. (ج٢/ص٢٥٨). و ابن ماجه في السنن كتاب الطلاق -بَاب طَلَاقِ الْمُكْرَهِ وَالنَّاسِي رقم ٢٠٤٣ (ج١/ص٦٥٩). وأحمد في مسنده- كتاب الطلاق- عن عَائِشَةَ رضي الله عنها- رقم: ٢٦٤٠٣ (ج٦/ص٢٧٦). والحاكم في المستدرك على الصحيحين- كتاب الطلاق- رقم ٢٨٠١ - بلفظ (تجاوز الله عن أمتي الخطأ والنسيان و ما استكرهوا عليه) (ج٢/ص٢١٦) وقال هذا حديث صحيح على شرط الشيخين. والبيهقي في السنن الكبرى –كتاب -باب ما جاء في طلاق المكره، بلفظ "وضع عن أمتي

وقد تقدم في كتاب الصلاة[1] وغيره.

وقوله صلى الله عليه وآله" لا طلاق في إغلاق " رواه أحمد وأبو داود وابن ماجة والحاكم وصححه[2]، وفسر الإغلاق بالإكراه ابن قتيبة[3] والخطابي[4]وغيرهما [5]، وقيل: هو الجنون، وقيل الغضب، والصحيح الأول [6].

واحتج ح بقوله صلى الله عليه وآله "فيمن أكره على طلاق امرأته "لا قيلولة في الطلاق"[7] [8].

ولفظه في الغيث[9] روي أن رجلاً كان نائماً [10] مع امرأته فأخذت سكيناً وجلست على صدره ووضعت السكين على حلقه وقالت طلقني ثلاثاً وإلا ذبحتك فناشدها الله فأبت عليه فطلقها ثلاثاً فذكر ذلك للنبي صلى الله عليه وآله" فقال" لا قيلولة في الطلاق" [11].

قلنا: إن صح فمحمول على أنه أقر بأنه [12] نوى الطلاق إذ هو معارض بما تقدم، ويؤيد ذلك ما روي عن علي [عليلم] [13]وابن عباس وابن عمر وابن الزبير وغيرهم أنهم قالوا " ليس على مكرهٍ طلاق"

=الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه رقم١٤٨٧٣- مكتبة دار الباز - مكة المكرمة – ١٤١٤هـ تحقيق: محمد عبد القادر عطا . (ج٧/ص٣٥٧) وصححه الألباني في الإرواء (٤ / ٢١٣).

1 -كتبت الصلوة وكذا في بقية المخطوط .

2 -أخرجه الإمام أحمد في مسنده – حديث السيدة عائشة رضي الله عنها برقم ٢٦٤٠٣- مؤسسة قرطبة – مصر- (ج٦/ص٢٧٦). وأبو داود في سننه - كتاب الطلاق - بَاب فِي الطَّلَاقِ عَلَى غَلَطٍ رقم ٢١٩٣ (ج٢/ص٢٥٨). وابن ماجة في سننه - كتاب الطلاق - بَاب طَلَاقِ الْمُكْرَهِ وَالنَّاسِي-رقم ٢٠٤٦ (ج١/ص٦٦٠). والحاكم في المستدرك على الصحيحين – كتاب الطلاق -رقم ٢٨٠٢ (ج٢/ص٢١٦). كلهم من حديث عائشة رضي الله عنها بلفظ (لا طلاق ولا عتاق في إغلاق). قال الحاكم: هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه. وحسنه الشيخ الألباني في إرواء الغليل (ج٧ /ص ١١٣) .

3 -هو العلامة الكبير ذو الفنون أبو محمد عبد الله بن مسلم بن قتيبة الكاتب صاحب التصانيف نزل بغداد وصنف وجمع وبعُدَ صيتُه، قال أبو بكر الخطيب كان ثقة دينا فاضلا، توفي رحمه الله في شهر رجب سنة ست وسبعين ومئتين . (سير أعلام النبلاء ج١٣/ص٢٩٦).

4- هو الإمام العلامة أبو الخطاب بن أحمد بن حسن العراقي البغدادي، مولده سنة ٤٣٢هـ، درس الفقه على أبي يعلى وقرأ وصنف في المذهب والأصول والخلاف والشعر، وتوفي سنة ٥١٠هـ(سير أعلام النبلاء ٣٤٨/١٩).

5 -ينظر معرفة السنن والآثار عن الإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، للحافظ الإمام أبي بكر أحمد بن الحسين البيهقي -دار الكتب العلمية - لبنان/ بيروت - تحقيق: سيد كسروي. حسن (ج٥/ص٤٩٥).

6 -ينظر عمدة القاري (ج٢٠/ص٢٥٠) .

7 - أخرجه سعيد بن منصور الخراساني في السنن – كتاب الطلاق - باب ما جاء في طلاق المكره رقم ١١٣٠ -الدار السلفية - الهند ط١- ١٤٠٣هـ ، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي. (ج١/ص٣١٤).

8 -ينظر المبسوط للسرخسي (ج٢٤/ص٤١) .

9 -الغيث المدرار ج٢(خ) .

10 - في (أ،ب) نايماً وكذا في بقية المخطوط .

11 - سبق تخريجه آنفاً.

12 - في (أ) أنه.

13 - الزيادة من (أ، ج).

رواه ابن أبي شيبة[1] وغيره [2].

وروي أن رجلاً على عهد عمر بن[3] الخطاب تدلى بحبل يشتار[4] عسلاً فأتت امرأته فجلست على الحبل وقالت طلقني ثلاثاً وإلا قطعت الحبل فذكرها بالله وبالإسلام فأبت فطلقها ثلاثاً ثم خرج إلى عمر فذكر له ذلك فقال ارجع إلى أهلك فليس بطلاق"رواه البيهقي[5] وفيه انقطاع هـ[6].

والإكراه ضربان:

إلجاء[7]: كمن شهر عليه السيف أو أججت له النار ولا يتمكن من دفعهما إلا بفعل ما أمر به.

وغير إلجاء: وهو ما أزال الاختيار كوعيد القادر بالقتل أو الضرب المبرّح أو الحبس الطويل أو أخذ مال مجحف أو قتل الولد ونحوه أو الإزعاج عن الوطن أو الصفع أو حر الرجل ونحوها في حق من له رياسة أو نحو ذلك، فلا يقع طلاق المكره بأي الضربين ذكر معناه في البحر[8] .

وقوله [من] [9]مكلف احتراز من الصبي والمجنون والمعتوه وهو ضعيف العقل وكذا

1- هو أبو بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة الكوفي ولد سنة تسع وخمسين ومائة وتوفي سنة خمسة وثلاثين ومائتين ثقة كان حافظا للحديث له مصنف (طبقات الحفاظ ١٩٢/١) .

2- في مصنفه - باب من لم ير طلاق المكره شيئا -رقم (١٨٠٢٧، ١٨٠٢٩) -: مكتبة الرشد - الرياض - ١٤٠٩، ط١، تحقيق: كمال يوسف الحوت (ج٤/ص٨٢). ومعرفة السنن والآثار. (ج٥/ص٤٩٤). والتلخيص الحبير في أحاديث الرافعي الكبير، لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني -كتاب الطلاق - باب ذكر الآثار- المدينة المنورة - ١٩٦٤، تحقيق: السيد عبدالله هاشم اليماني المدني (ج٣/ص ٢١٦) .

3 - في (أ) ابن وكذا في بقية النسخة فلا داعي لتكراره . وكذا الغالب في (ب) .

4 -في النسخ لشتار والصحيح ما أثبته .ومعنى يشتار : بالشين المعجمة وبالراء المهملة يقال شرْتُ العسل أشور على وزن قلت أقول واشْتَرْتُ على وزن اخترت إذا جَنَيْتَه من مكان النحل في الجبال أو غيرها(البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير، لسراج الدين أبي حفص عمر بن علي بن أحمد الأنصاري الشافعي المعروف بابن الملقن، - دار الهجرة -الرياض-السعودية ط١-٢٠٠٤م، ، تحقيق: مصطفى أبي الغيط و عبدالله بن سليمان وياسر بن كمال(ج٨/ص١١٩).

5 - هو: أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، الفقيه في الأصول الواصل الوارع بنصرة المذهب، قال إمام الحرمين ما من شافعي إلا وللشافعي عليه منّه إلا البيهقي فإن له المنّة على الشافعي نفسه، ولد سنة أربع وثمانين وثلاثمائة وتغرب للتحصيل، ومات بنيسابور سنة ثمان وخمسين وأربعمائة(طبقات الفقهاء الشافعية لتقي الدين أبي عمرو عثمان بن عبد الرحمن ابن الصلاح ،- دار البشائر الإسلامية- بيروت –ط١ - ١٩٩٢م ، تحقيق: محيي الدين علي نجيب (٣٣٢/١).

6 - في السنن الكبرى - كتاب القسم والنشوز - باب ما جاء في طلاق المكره -رقم ١٤٨٧٦، وفيه انقطاع كما قال المصنف- (ج٧/ص٣٥٧) و ضعفه الألباني في الإرواء - (٧ / ١١٥).

7 -كتبت الجآء .

8 -البحر الزخار (ج ٧ / ص ٢٠٨) .

9 - الزيادة من (أ).

المبرسم[1] والنايم والمغمى عليه وكل زايل عقل فلا يصح طلاق هؤلاء[2] لقوله صلى الله عليه وآله [وسلم] [3]" رفع القلم عن ثلاثة "[4] وقد تكرر ، وفي رواية عن ابن حنبل يصح طلاق الصبي[5] المراهق[6] لعموم قوله صلى الله عليه وآله[7] "الطلاق لمن أمسك[8] بالساق"[9] لنا ما تقدم .

وقوله: "غالباً" احتراز من السكران العاصي بسكره[10] فإن طلاقه يصح مع زوال عقله[بالسكر][11] على الصحيح، وهو المروي عن علي [عليلم] [12] وابن عباس وابن عمر وجماعة من التابعين، وهو مذهب زيد بن [13] علي[14] وم [بالله] [15] ح وأصحابه[16] ومالك وأحد قولي ش[17] إذ لم يفصل قوله تعالى(الطَّلاَقُ مَرَّتَانِ)[18] ولقوله تعالى(لاَ تَقْرَبُواْ الصَّلاَةَ وَأَنتُمْ سُكَارَى) [19]، فمخاطبتهم [حال السكر][20] تقتضي تكليفهم.

---

1 - البرسام علة معروفة وهو الكلام بغير المعقول (لسان العرب ج١٢/ص٤٦، ج١٥/ص٣٦٠).بتصرف.

2 - في (أ،ب) كتبت هولا وكذا في البقية .

3 - الزيادة من (ج).

4 - أخرجه الحاكم في المستدرك - كتاب البيوع- برقم ٢٣٥٠ ، وقال هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه (ج٢/ص٦٧). والنسائي في السنن الكبرى -باب من لا يقع طلاقه من الأزواج .وغيرهما رقم ٥٦٢٥ - دار الكتب العلمية - بيروت ط١- ١٩٩١، تحقيق: د/عبد الغفار سليمان البنداري ، سيد كسروي حسن(ج٣/ص٣٦٠). وصححه الألباني في الإرواء- باب شروط القصاص -رقم ٢٢٠٧ (ج٧ -ص ٢٦٥) .

5 - في (أ) زيادة (و) الصبي والمراهق .

6 -هو الغلام الذي قد قارب الحلم (لسان العرب ج١٠/ص١٣٠) .

7 - في (ج) صللم وآله وسلم.

8 -لم أعثر على رواية بلفظ «لمن أمسك»وإنما «لمن أخذ ».

9 -سبق تخريجه صـــ٧٠ .

10 - في (أ) بالسكر.

11 - سقطت من (ب).

12 - الزيادة من (أ،ج).

13 - في (أ) ابن.

14 -هو الإمام زيد بن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب أبو الحسين المدني ،رأى جماعة من أصحاب رسول الله r، كان ذا علم وجلالة وصلاح،و إليه تنسب الزيدية، عاش نيفا وأربعين سنة وقتل في الكوفة يوم ثاني صفر سنة اثنتين وعشرين ومائة رحمه الله .ينظر(سير أعلام النبلاء (ج٥/ص٣٨٩) و تهذيب التهذيب، لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني - دار الفكر - بيروت ط١- ١٤٠٤ – ١٩٨٤. (ج٣/٣٦٢).

15 - الزيادة من (ج).

16 - في (ج) ح وأص. وكذا في بقية النسخة.

17- ينظر البدائع (١٥٨/٣) ومواهب الجليل شرح مختصر خليل (٣٥٨/٥). والمهذب (٢٧٨/٤).والمقنع مع الشرح الكبير والإنصاف (١٣٩/٢٢).و شرح الأزهار (ج ٢ / ص ٣٨٢) .

18 - البقرة:٢٢٩.

19 - النساء:٤٣.

20 - الزيادة من (أ).

وعن عثمان وجماعة من التابعين وهو قول [الناصر][1] وأحمد بن يحيى[2] ط [3] وغيرهم لا يصح طلاقه لزوال عقله كالصبي والمجنون [4].

واختلف في علة تصحيح طلاقه على القول به فقيل للمعصية تغليظاً عليه، فعلى هذا ينفذ ما فيه عليه [5] خسر كالطلاق والعتق والهبة والظهار والايلاء ونحو ذلك لا ما [له][6] فيه نفع كالنكاح والرجعة [7].

وقيل: لأن زوال عقله إنما يعلم من جهته فلا يقبل قوله في زواله لفسقه فيقع طلاقه ظاهراً لا باطناً [8].

قال في البحر: وأما المبنج فإن كان لضرورة أو بغير اختيار فكالمجنون وإلا فكالسكران، وأما من تغير عقله ولم يزل كالمتحشش وشارب المزر[9] فيقع طلاقه وعقوده لبقاء عقله [انتهى هـ][10] [11] .

وأما من زال عقله بالخمر وغيره أو عرض له الجنون في سكره فقيل لا يقع[12] طلاقه للبس والأصل بقاء النكاح والله أعلم [13].

واختلف في تعريف السكران فقيل من لا يفرق بين الأرض والسماء، وقيل من لا يفرق بين امرأته وأمه [14].

---

1 - سقط من (ب).

2- هو أحمد بن يحيى الهادي بن الحسين الحسني الإمام الناصر ، يكنى أبا يحيى نشأ على العبادة والزهد والعبادة ، ،قام بالدعوة ، جاهد القرامطة جهاد كبيراً ولم يزل ينصر الدين ويقمع المبتدعين حتى توفي بصعدة. (ترجمة رجال شرح الأزهار للعلامة أحمد الجنداري– مكتبة غمضان –صنعاء اليمن . (ج١/٦٣) .

3 - في (ب) " أبي طالب " بدل "ط" وهو رمز له وكذا في بقية النسخة. وأبو طالب هو يحيى بن الحسين بن هارون بن محمد لبطحاني ، المعروف بأبي طالب ، له تصنيف جمة ولم يكن له شغل مدة حياته إلاَّ نشر العلم وتجديد رسوم الإسلام ، توفي رحمه الله بطبرستان سنة أربع عشرين وأربع مائة . (الجداول الصغرى مختصر الطبقات الكبرى (ج ٣ / ص ١٧٢) .

4 - ينظر شرح الأزهار (ج ٢ / ص ٣٨٣) .

5 - في (أ) ما عليه فيه.

6 - الزيادة من (ب).

7- ينظر بداية المجتهد لمحمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي أبي الوليد - دار الفكر – بيروت(١٥٦/٣).

8 - ينظرالبحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار(ج ٧ / ص ٢٠٥).

9 - المزر: نبيذ الشعير والحنطة والحبوب وقيل نبيذ الذرة خاصة (لسان العرب ج٥/ص١٧٢).

10 - الزيادة من (ب، ج).

11 - ينظر البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار(ج ٧ / ص ٢٠١).

12 - في (أ) لا يصح.

13- ينظر شرح الأزهار (ج ٢ / ص ٣٨٣).

14- ينظر روضة الطالبين وعمدة المفتين، للإمام النووي،-المكتب الإسلامي - بيروت - ١٤٠٥، ط٢.(ج٨/ص٦٢).

وعن ش: أنه الذي اختلط كلامه المنظوم وانكشف سره المكتوم، وقيل يرجع في ذلك إلى العادة فإذا انتهى إلى حال من التغيير يقع عليه اسم السكران فهو المراد بالسكران[١] والله أعلم.

قال في شرح الأثمار: ويحترز أيضاً يعني بقوله: "غالباً" مما يخرج من عموم مفهوم قوله مختارٍ وهو المكره وذلك نحو أن يكرهه الحاكم على طلاق زوجته حيث إلى منها يعني وامتنع من الفيئة فإنه يصح، ويحترز أيضاً مما لو قال الزوج لآخر طلق زوجتي وإلا قتلتك فطلقها فإنه يقع على الصحيح لأنه أبلغ في الإذن ويحترز أيضاً مما لو نواه المكره فإنه يقع، ويحترز أيضاً من الوكيل[٢/] والمملك في الطلاق فإنه يصح الطلاق منهما مع أنهما قد خرجا من مفهوم قوله زوج وهذا كله استثناء من المفهوم إذ هو في حكم المنطوق، وأما لو أكره الوكيل بالطلاق على الطلاق فقال الروياني[٣] يحتمل أن يقال يقع لحصول[٤] اختيار المالك ويحتمل أن لا يقع لأنه المباشر قال وهذا أصح، ذكر ذلك في روضة النواوي [٥] انتهى .

قوله عليلم " **قَصَدَ اللَّفْظِ فِي الصَّرِيحِ** "أي قصد التلفظ بلفظ الطلاق الصريح وإن لم ينو وقوعه فإنّ زوجته تطلق بذلك إن[٦] علقه بها كأن[٧] يقول طلقتك أو طلقت فلانةً أو فلانةٌ طالقٌ أو نحو ذلك.

فأما لو لم يعلق الطلاق بها كأن يقول طلقت ولم يذكرها أو طالق فقط لم يقع الطلاق ولو نواه، كما لو قال لها أنت ولم يقل طالق ونحوه.

فأما لو لم يقصد التلفظ بلفظ الطلاق الصريح كالنائم ومن سبقه لسانه، فإن الطلاق لا يقع بذلك إجماعاً، هذا حاصل المذهب أن قصد اللفظ الصريح كافٍ في وقوع الطلاق ولا

---

1 -المرجع السابق.

2 -نهاية ورقة ٨٦ من النسخة (ب).

3 - هو أبو العباس أحمد بن محمد بن أحمد الروياني الطبري قاضي القضاة ومصنف الجرجانيات وجد صاحب البحر سمع الحديث من عبد الله بن أحمد الفقيه وانتشر العلم منه العلم في الرويان وأخذ منه أحفاده مات سنة خمسين وأربعمائة. (طبقات الفقهاء ج١/ص٢٣٢).

4 - في (أ) بحصول .

5- في (ب) النووي . وهو الإمام الفقيه الحافظ شيخ الإسلام محي الدين أبو زكريا يحي بن شرف ابن مري الحزامي الحوراني الشافعي ولد سنة إحدى وثلاثين وستمائة، وقدم دمشق سنة تسع وأربعين وحج مرتين ، صنف التصانيف النافعة في الحديث والفقه وغيرها كشرح مسلم والروضة والمنهاج وغيره ، كان إماما بارعا حافظا متقنا ، بارك الله في علمه وتصانيفه لحسن قصده ، ترك جميع ملاذ الدنيا ولم يتزوج ، وُلىَّ مشيخة دار الحديث المشرفيه فلم يتناول منها درهما ، مات في رابع عشر رجب سنة ست وسبعين وستمائة (طبقات الحفاظ ٥١٢/١) .

6 - في (ب، ج) إذا.

7 - في (ب، ج) بأن.

يحتاج إلى النية وهو تخريج أبي طالب[١] للهادي [عليلم] [٢] والقاسم [٣] و[هو] [٤] اختيار المؤيد[٥] بالله وهو قول أكثر الفقهاء [٦].

وعن الباقر [٧] والصادق[٨] والناصر والإمامية[٩] وتخريج م بالله أن الصريح يفتقر إلى النية وإلا لم يقع[١٠].

حجة أهل القول الأول:

ما أخرجه أبو داود والترمذي[١١] وغيرهما من رواية أبي هُرَيْرَةَ [١٢] أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صلى الله عليه وآله قال

---

1 - في (ج) ط وكذا في بقية النسخة فلا داعي لتكراره .

2 - الزيادة من (ج) .

3 - كتبت بدون ألف وكذا في بقية النسخ .

4 - الزيادة من (ج) .

5 - في (ج) م ، وكذا في بقية النسخة .

6 - شرح الأزهار (ج ٢ / ص ٣٨٣) والمقصود بالفقهاء كل من يعلم الفقه بالاجتهاد، وهو من يمكنه استنباط الأحكام الشرعية عن أدلتها التفصيلية ، ولا حصر لهم ثم صار في العرف يطلق على أهل المذاهب الأربعة، وأما فقهاء المذهب الزيدي فسيأتي ذكرهم لاحقا في المذاكرين .ينظر (مقدمة شرح الأزهار ١/ ٨٢)بتصرف .

7 -هو السيد الإمام أبو جعفر محمد بن علي بن الحسين بن علي العلوي الفاطمي المدني ولد سنة ست وخمسين في حياة عائشة وأبي هريرة ، كان إماما مجتهدا تاليا لكتاب الله كبير الشأن ، وشهر بالباقر من بقر العلم أي شقه ، أحد الأئمة الاثنى عشر الذين تبجلهم الشيعة الإمامية وتقول بعصمتهم وبمعرفتهم بجميع الدين، فلا عصمة إلا للملائكة والنبيين وكل أحد يصيب ويخطئ ويؤخذ من قوله ويترك سوى النبي r فإنه معصوم مؤيد بالوحي، ، توفي رحمه الله سنة أربع عشرة ومائة بالمدينة وقيل سنة سبع عشرة . (سير أعلام النبلاء ج٤/ص٤٠١).

8-هو جعفر بن محمد بن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب y ،المعروف بالصادق لصدقه في مقاله ، مولده سنة ثمانين، حدث عنه أبو حنيفة وابن جريج وشعبة وخلق كثيرون ، كذبت عليه الرافضة أشياء لم يسمع بها كمثل كتاب الجفر وكتاب اختلاج الأعضاء ونسخ موضوعة ، له مناقب كثيرة ومحاسنه جمة تغمده الله برحمته ،توفي سنة ثمان وأربعين ومائة ودفن بالبقيع ينظر(الوافي بالوفيات، لصلاح الدين خليل بن أيبك الصفدي، - دار إحياء التراث - بيروت - ١٤٢٠هـ- ٢٠٠٠م، تحقيق: أحمد الأرناؤوط وتركي مصطفى (ج١١/ص٩٨). و(الانتصار على علماء الأمصار للإمام المؤيد بالله يحيى بن حمزة الحسيني المتوفى سنة ٧٤٩ هـ . (ج ١ / ص ٣٤٧).

9 -هم تلك الفرقة من المسلمين الذين زعموا أن علياً هو الأحق في وراثة الخلافة دون الشيخين وعثمان y أجمعين ، وقد أطلق عليهم الإمامية لأنهم جعلوا من الإمامة القضية الأساسية التي تشغلهم ، وسموا بالاثنى عشرية لأنهم قالوا باثني عشر إماماً ،ودخل آخرهم السرداب بسامراء على حد زعمهم ، كما أنهم القسم المقابل لأهل السنة والجماعة في فكرهم وآرائهم المتميزة وهم يعملون لنشر مذهبهم ليعم العالم الإسلامي . الموسوعة الميسرة في الأديان والمذاهب والأحزاب المعاصرة - للندوة العالمية للشباب الإسلامي-إشراف وتخطيط ومراجعة: د. مانع بن حماد الجهني- دار الندوة العالمية. (٢٤ / ١).

10 - شرح الأزهار (ج ٢ / ص ٣٨٣) .

11 - هو محمد بن عيسى بن سورة بن الضحاك السلمي الضرير الحافظ العلامة ، طاف البلاد وسمع خلقا كثيرا من الخراسانيين والعراقيين والحجازيين وغيرهم، روى عن محمد بن المنذر والهيثم بن كليب وخلق ، كان أحد الأئمة الذين يقتدى بهم في علم الحديث، صنف كتاب الجامع والعلل والتواريخ ، كان يضرب به المثل في الحفظ، مات بترمذ في رجب سنة تسع وسبعين ومائتين(طبقات الحفاظ ٢٨٢/١).

12-هو الإمام الفقيه المجتهد الحافظ صاحب رسول الله أبو هريرة الدوسي اليماني سيد الحفاظ الأثبات ، اختلف في اسمه على أقوال جمة أرجحها عبد الرحمن بن صخر ، كني بأولاد هرة برية قال وجدتها فأخذتها في كمي فكنيت بذلك ، حمل عن النبي علما كثيرا طيبا مباركا فيه لم يلحق في كثرته ، حدث عنه خلق كثير من الصحابة والتابعين ، فكان اعلم الناس بحديث

" ثَلَاثٌ جَدُّهُنَّ جَدٌّ وَهَزْلُهُنَّ جَدٌّ النِّكَاحُ وَالطَّلَاقُ وَالرَّجْعَةُ."(١) والقياس على البيع والإجارة.

وحجة أهل القول الثاني: قوله تعالى " (وَإِنْ عَزَمُواْ الطَّلاَقَ)(٢)وقوله صلى الله عليه وآله [وسلم] (٣) "الأعمال بالنيات" (٤) ونحوه.

قلنا العزم الإرادة المتقدمة على الفعل، والنية هي الإرادة المقارنة للفعل، وليس في الآية دلالة على اعتبارها.

وقوله صلى الله عليه وآله :"الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ"(٥) [٦/] المراد بذلك فيما يفتقر إلى النية لاحتماله كالكنايات لقوله صلى الله عليه وآله " ثلاث جدهن جد" (٧)الخبر، مع أن الطلاق في الهزل غير مقصود ولا منوي ولأنه إزالة ملك كالعتق أو حل عقد كالإقالة ذكره في البحر (٨).

قوله عليلم: " **وهُوَ مَا لَا يَحْتَمِلُ غَيْرَهُ**" أي الطلاق الصريح هو اللفظ الذي إذا لفظ به لم يحتمل غير الطلاق لأنه موضوع له بخصوصه .

قال في الغيث: "ولا خلاف في أن هذا معنى الصريح، وإن اختلفوا في بعض الألفاظ، هل هي صريح فليس اختلافاً في هذه القاعدة وإنما هو اختلاف في كونه موضوعاً للطلاق خاصةً أو له ولغيره" انتهى (٩).

أما لفظ الطلاق فلا خلاف في كونه صريحاً إذا علقه بالزوجة كما تقدم.

وكذا ما هو بمعناه بغير اللغة العربية [حيث لم يستعمل في تلك اللغة إلا له خاصةً كما سيأتي.

=الرسول فبلغ مسنده خمسة آلاف وثلاث مائة وأربعة وسبعون حديثا ، توفي سنة ستين، أو قبلها.(سير أعلام النبلاء ٥٧٨/٢) .

1 - أخرجه أبو داود في سننه - كتاب الطلاق- باب في الطلاق على الهزل رقم (٢١٩٤ (ج٢/ص٢٥٩). والترمذي في سننه - كتاب الطلاق -باب ما جاء في الجد و الهزل -رقم: ١١٨٤،وقال حسن غريب(ج٣/٤٩٠). وابن ماجة في سننه -كتاب الطلاق- باب من طلق أو نكح أو رجع لاعبا -رقم ٢٠٣٩ (ج١/٦٥٨). والحديث حسن بمجموع طرقه كما قال الألباني . ينظر إرواء الغليل (٢٢٨/٦).

2 - البقرة:٢٢٧.

3 - الزيادة من (ب).

4 - أخرجه البخاري في صحيحه- بَاب بَدْءُ الْوَحْيِ -رقم ١(ج١/ص٣).

5 - سبق تخريجه آنفاً .

6 - نهاية ورقة ٨١ من (أ) .

7 - سبق تخريجه آنفاً .

8 -البحر الزخار (ج ٧ / ص ١٥٩) .

9 -الغيث المدرار ج٢(خ).

أما لفظ الطلاق في اللغة العربية] [1]فلتكرره في القرآن العزيز واشتهاره في العرف، وأما ما هو بمعناه في غير اللغة العربية فلشهرة استعماله عندهم كذلك ، وعند ش أن الصريح ثلاثة الطلاق لما تقدم والسراح لقوله تعالى "**(أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ)** [2] والفراق لقوله تعالى**(أَوْ فَارِقُوهُنَّ)**[3] ونحوهما [4].

وقال ك [5]: خمسة طالق ،مطلقة، خلية، باين، أنت الطلاق[6].

وقال ح: الصريح ما لا يحتمل غيره بأي لفظ وقع والكناية ما احتمله وغيره[7]، قال في البحر **قلت** وهو كالمذهب انتهى [8].

واختلف في أنت الطلاق فعند ط أنه صريح لوجود لفظ الطلاق وقد يوصف الأشخاص بالمصادر [مبالغة][9] كرجلٍ صومٍ وعدل ورضيٍ.

وقال م بالله: ليس بصريح، لأن الأشخاص لا توصف بالمصادر إلا مجازاً حيث تكرر منها كالأمثلة المذكورة وهذا غير حاصل في حق المرأة إذ لم يتكرر منها فعل الطلاق[10].

وعن الهادي وغيره أن ذلك كناية وعن الناصر لا صريح ولا كناية، قيل ولو فتح الكاف في طلقتك أو التاء في أنت طالق كان صريحاً.

قال في الغيث:" ولا يبعد على أصلنا إذا كان مخاطباً لها" [11].

قوله عليه السلام [12]: " **[إنْشَاءً]** [13]**وَلَوْ هَازِلًا مطلقاً** " اختار المؤلف عليلم ونفع بحقائقه أن صريح الطلاق ينقسم إلى قسمين:

أحدهما: يقع ظاهراً و باطناً وهو الإنشاء، ولو صدر من الهازل للحديث المتقدم.

---

1 - ما بين المعقوفين سقطت من (ج).
2 - البقرة:٢٢٩.
3 - الطلاق٢.
4 - ينظر روضة الطالبين (ج٨/ص٢٣) .
5 - في (ب) " مالك " بدل "ك" وهو رمز له وكذا في بقية النسخة.
6 - التلقين (ج١/ص٣٢٣).
7 -ينظر حاشية ابن عابدين (ج٨/ص٣٨٥) .
8 -البحر الزخار (ج ٧ / ص ١٥٨).
9 - الزيادة من (ب).
10 - ينظر البحر الزخار (ج ٧ / ص ١٦٠) .
11 -الغيث المدرار ج٢(خ).
12 - في (أ) عليلم. وفي (ج) أيده الله .
13 -سقطت من (أ).

والمراد بالهازل من لم ينو وقوع الطلاق، وإنما قصد مجرد اللفظ على جهة الهزل، وهذا على القول بأن الصريح لا يفتقر إلى نية هـــ.

ومعنى قوله مطلقاً في الظاهر والباطن كما تقدم آنفاً والإنشاء نحو أنت طالق الآن أو طلقتك الآن أو يعرف قصد الإنشاء من شاهد حاله وإن لم يذكر الآن ونحوه.

والقسم الثاني يقع ظاهراً لا باطناً وقد بين ذلك [عليلم] [١]بقوله[٢]"**أَوْ إِقْرَارًا ولو في ضمن نِدَاء أو نحوه ظاهراً** ".

قال في شرح الأثمار: وهو أي الإقرار إخبار عن حق على المخبر فيما مضى ولكونه إخباراً أوجب أن يكون له مخبر عنه في نفس الأمر بحسب الظاهر بقصد الإخبار عنه فيصح ذلك الإقرار سواء كان صريحاً مقصوداً نحو أنت مطلقة من الأمس أو أخبرك أنك طالق أو نحو ذلك أو لم يكن مقصوداً ، وهو مراد المؤلف [عليلم][٣] بقوله ولو وقع الإقرار في ضمن نداءٍ أو نحوه أي تبعاً لمقصوده غير الإقرار نحو أن يقول يا طالق ومقصوده طلب الإقبال منها ليخاطبها بجملة مقصودة له لكن إطلاق لفظ طالق عليها يستلزم الإخبار بأنه قد وقع عليها مدلول ذلك اللفظ وإن لم يكن ذلك الإخبار مقصوداً فكأنه قال يا من هي طالق فتطلق حينئذ في الظاهر، وأراد بنحو النداء التمني والاستفهام والأمر والنهي نحو ليتك تكلم هذه التي طلقتها، وهل كلمت هذه التي طلقتها، وكلم هذه التي طلقتها، ولا تكلم هذه التي طلقتها ونحو ذلك، فيقع الطلاق في ذلك الإقرار[٤]ظاهراً لا باطناً فلا يقع، وكذا لا يقع من الهازل في ذلك الإخبار ذكر ذلك المؤلف عليه السلام [٥] وهو قول [المنصور] [٦] وصححه الفقهاء ي[٧]

1 - الزيادة من (أ، ب).
2 - في (ب) بقوله عليـــلم.
3 - الزيادة من (أ).
4 - في (ب) "الطلاق" بدل "الاقرار".
5 - في (أ) عليلم، وفي (ج) أيده الله .
6 - سقط من (أ) وفي (ج) رمز له بـــ ص. والمنصور هو عبد الله بن حمزة الحسني القاسمي الهاشمي، أبو محمد، الإمام، ولد في ربيع الآخر سنة إحدى وستين وخمسمائة بقرية عيشان من ظاهر بلاد همدان ، ولد في ربيع الآخر سنة (٥٦١هــ) بقرية عيشان من ظاهر بلاد همدان ، تربى في حجور الطاهرات، ونشأ على العفة والطهارة من ابتداءه إلى انتهاءه، اشتغل بطلب العلم حتى أدرك ما لم يدركه غيره ،وبلغ مبلغاً قصر عنه المجتهدون.(طبقات الزيدية الكبرى س٣)(ج ٢/ ص ٢٢) .
7 - المقصود بهذا الرمز الفقيه محمد بن يحيى حنش اليماني الزيدي ولد بعد سنة (٦٥٠ هــ) وقرأ على علماء عصره حتى برع في فنون عدة وبلغ رتبة الاجتهاد وأخذ عنه جماعة من أكابر العلماء ، له مصنفات منها التمهيد والتفسير لفوائد التحرير في الفقه والغياصة في أصول الدين جعله شرحا للخلاصة للشيخ أحمد الرصاص وله تعليقات على اللمع في الفقه وشرح للتقرير للأمير الحسين والقاطعة في الرد على الباطنية في مجلدين وكان زاهدا عابدا مائلا إلى الخمول فصيح العبارة سريع الجواب مستحضرا للفنون محققا في جميع مباحثه ومات يوم الثلاثاء الخامس من ذي القعدة سنة (٧١٩ هــ) وقبر بظفار. (البدر الطالع (ج٢/ص٢٧٧).

س[١] ف[٢] أعني الفرق بين الإنشاء والإقرار، ففي الإنشاء يقع ظاهراً وباطناً وفي الإقرار يقع ظاهراً فقط، ولذلك عدل عن عبارة الأزهار[٣] إذ لا يفيد ذلك، وقد فهم كون إقرار الهازل لا يصح مما سيأتي في باب الإقرار انتهى.وهو مخصصٌ لعموم الخبر السابق.

قوله عليلم: " **ولو بِعَجَمِيٍّ عَرَفَه** "أي ولو وقع لفظ الطلاق الصريح بلفظ موضوع في اللغة الأعجمية للطلاق بخصوصه[٤] فإن الطلاق يقع به ولو كان المطلق عربياً إذا عرف مدلول ذلك اللفظ الموضوع له المستعمل فيه في تلك اللغة فإن لم يكن يعرف ذلك لم يقع الطلاق، وكذا حيث تكلم الأعجمي بالطلاق العربي فإنه يقع إن عرف معناه أي مدلوله وإلا لم يقع، ومثال الطلاق باللغة الفارسية بهشتم ايزني أو ايزني بهشتم، ومعناه أرسلتك عن الأزواج أو عن الأزواج أرسلتك.

قال في الغيث: وقد اختلف الأئمة في[٥/] هذا اللفظ هل [هو][٦]كناية أو صريح فحكى في شرح الإبانة للهادي والقاسم والناصر[٧]وع[٨] وط أنه كناية مطلقاً [٩]، وهكذا[١٠]في الانتصار[١١] عن ح والاصطخري[١٢] .

القول الثاني:

---

1 - المقصود بهذا الرمز الفقيه حسن، وهو الحسين محمد النحوي الصنعاني اليمني المذحجي العنسي، القاضي العلامة، شيخ الزيدية وعالمهم، له(التذكرة الفاخرة في فقه العترة الطاهرة). و(التيسير في التفسير) ، وعدة ،كان حاكماً بصنعاء اليمن ، واستمر على القضاء حتى توفي سنة ٧٩١هـ ، وقبره ما بين باب اليمن والسعدي عليه حوطة قد خرب أكثرها.(طبقات الزيدية الكبرى (القسم الثالث) (ج ٣ / ص ٨٣).

2 - المقصود بهذا الرمز الفقيه يوسف، وهو الفقيه يوسف بن أحمد بن محمد بن عثمان اليماني الزيدي المصنف الشهير، كان مستقرا بهجرة العين من ثلا والطلبة يرحلون إليه من جميع أقطار اليمن فيأخذون عنه في جميع العلوم الشرعية ،له مصنفات نافعة منها مختصر الانتصار والرياض على التذكرة والزهور على اللمع ،مات في جمادى الآخرة سنة ٨٣٢ اثنتين وثلاثين ثمانمائة . (البدر الطالع ج٢/ص٣٥٠).

3 - الأزهار - (١ / ٧٢).

4 - في (أ) بخصوصيه .

5 - نهاية ورقة ٨٧ من النسخة (ب)٠

6 - الزيادة من (أ).

7 - في (ب) والناصر والقاسم. وفي (ج) للناصر والهادي والقاسم ....

8 - في (ب) " أبي العباس " بدل "ع" وهو رمز له وكذا في بقية النسخة.وأبو العباس هو : أحمد بن إبراهيم أبو العباس الحسني ،قال الحاكم: كان عالماً فاضلاً جامعاً بين علم الكلام وفقه الزيدية، توفي سنة ٣٥٢هـ رحمه الله. (الجداول الصغرى مختصر الطبقات الكبرى - (ج ١ / ص ١١١).

9 - شرح الإبانة للشيخ أبي جعفر محمد بن يعقوب الهوسمي(مخطوط) .

10 - كتبت "هكذى" في النسختين.

11 - الانتصار على علماء الأمصار ج٥(خ).

12 -هو أبو سعيد الحسن بن أحمد الاصطخري، كان قاضي قم ،وولي الحسبة ببغداد ،كان ورعا متقللا ولد في سنة أربع وأربعين ومائتين ومات في سنة ثمان وعشرين وثلاثمائة وصنف كتابا حسنا في أدب القضاء .(طبقات الفقهاء ج١/ص١١٩).

أحد قولي م [بالله] [١] أن بهشتم صريح سواءً[٢] انضم إليه ايزني أم لا ؟

القول الثالث: للقاسم عليلم وحكاه[٣] في التقرير عن ط أن بهشتم وحده[٤] كناية، وأما إذا أنضم إليه ايزني كان صريحاً.

قال ط: والذي نختاره أن قول الرجل بهشتم ايزني أو ايزني بهشتم[٥]صريح في الطلاق وجارٍ مجرى قوله أنت كذا [٦].

قلت: وهذا التفصيل هو الصحيح للمذهب، وهو الأقرب إلى التحقيق عندي، وذلك لأنه إذا كان معنى بهشتم أرسلتك فهذا وحده ليس بصريح، فإذا انضم إليه ايزني، فمعناه أرسلتك عن الأزواج فيكون صريحاً إلى آخر ما ذكره عليلم [٧].

فائـــــدةٌ: قيل بهشتم بالباء الموحدة المفتوحة وكسر الهاء وضم التاء المثناة من فوق ومعناها تركتك وايزني بالزاي [والنون] [٨] والنون مكسورة والياء المثناه من أسفل ومعناها يا امرأة، وقيل معناها مطلقة ذكر معناه ذلك الدَّوَارِيٍّ[٩] في تعليقه على اللُّمَعِ [١٠] وقال إن ذلك سماع في لفظهما ومعناهما من أهل اللسان الفارسي ولم يذكر حركة همزة ايزني والسماع كسرها والله أعلم .

قوله عليلم: " **أَوْ ظَنَّهَا غَيْرَ زَوْجَتِهِ** "يعني أو طلق امرأةً أشار إليها أو خاطبها وهو يظن أنها غير زوجته وهي زوجته فإن الطلاق يقع عليها على المختار لأن العلم ليس بشرط، وادعى[١١] أبو مضر [١٢] [/١٣] أن ذلك إجماع .

---

1 -الزيادة من (ج) .
2 - في (ب) "سوى" وكذلك في بقية النسخة.
3 - في (ب) كررت مرتين.
4 - في (أ) واحده.
5 - في (أ، ج) فهو صريح.
6 - التقرير شرح التحرير للأمير الحسين بن محمد (مخطوط)
7 - الغيث المدرار ج٢(خ).
8 - الزيادة من (ب) .
9 -هو عبد الله بن الحسن بن عطية بن المؤيد الدواري، أبو محمد، القاضي العالم،مولده سنة خمس عشرة وسبعمائة. يروي عن أبيه القاسم بن أحمد، وغيره له مصنفات منها (شرح على الجوهرة) ، وغيرها توفي في صفر سنة ثمانمائة، عن خمس وثمانين سنة- طبقات الزيدية الكبرى (القسم الثالث) - (٢ / ١٥).
10 -شرح اللمع وتسمى تعليق الدواري على اللمع (مخطوط) .
11 - في (أ) وادعا.
12 - هو شريح بن المؤيد القاضي أبو مضر. المشهور بكنيته،من أئمة الزيدية ومقر قواعدها ، و عمدة المذهب في العراق واليمن ، له (شرح الزيادات) توفي في القرن الخامس الهجري.(طبقات الزيدية الكبرى (ج ١ / ص ٤٣٨) .
13 - نهاية ورقة ٨٢ من (أ) .

قوله عليلم: " [وَ] [(١)]**مع الْمَعْنَى فِي الْكِنَايَة وهِيَ مَا تَحْتَمِلُ غَيْرَهُ** " أي[(٢)] وإذا وقع الطلاق بلفظ غير صريح بل كناية فلا بد فيه من قصد اللفظ والمعنى جميعاً.

قال في الغيث[(٣)] والدليل على أن الكناية طلاق ما روي أن النبي صلى الله عليه وآله "قال لسودة[(٤)]" اعتدي"[(٥)] ثم راجعها دل [ذلك][(٦)] على أن الكناية طلاق إن نوى هكذا في أصول الأحكام، انتهى [(٧)].

ومعنى قوله: وهي ما احتمل غيره أي ما إذا أطلقه المتكلم تردد السامع له من أهل لغته، هل هو يريد به الطلاق أو معنىً آخر لأن اللفظ لم يوضع للطلاق خاصة بل له ولغيره[(٨)] ؟

قوله عليلم: " **كَكِتَابَةٍ مُرْتَسِمَةٍ** "أعلم أنّ كناية الطلاق على ضربين: لفظ وغير لفظ فغير اللفظ: الكتابة والإشارة، أما الكتابة فيشترط فيها أن تكون مرتسمة، لا لو كانت غير مرتسمة نحو أن يكتب على الماء[(٩)] أوفي الهواء، أو على الحجر على وجهٍ لا يمكن قراءة[(١٠)] المكتوب بحال ولا يظهر له أثر فإنه لا يقع الطلاق بذلك ولو نواه ذكره ط ،

---

1 -زيادة في النسخ مع أنها لا توجد في مخطوطة متن الأثمار. ينظر (الأثمار للإمام المتوكل على الله شرف الدين بن شمس الدين(مخطوط).

2 - في (ب، ج) يعني.

3 - الغيث المدرار ج٢(خ) .

4 -هي سودة أم المؤمنين بنت زمعة بن قيس القرشية العامرية ،وهي أول من تزوج بها النبي r بعد خديجة ،في رمضان سنة عشر من النبوة وهاجر بها وانفردت به نحوا من ثلاث سنين أو أكثر حتى دخل بعائشة،كانت سيدة جليلة نبيلة ضخمة ،ماتت بالمدينة في شوال سنة أربع وخمسين ،وقيل في آخر خلافة عمر y أجمعين . (سير أعلام النبلاء ج٢/ص٢٦٥) .

5- أخرجه البيهقي في السنن الكبرى- كتاب الخلع والطلاق- باب ما جاء في كنايات الطلاق-رقم ١٤٧٨٣ (ج٧/ص٣٤٣) قال الألباني في الإرواء أخرجه البيهقي بإسناد صحيح . قلت : ولعل هذه الطرق يتقوى أصل القصة بها وهي تطليقه صلى الله عليه وسلم لسودة ومراجعته إياها لكن ليس في أكثرها لفظة (اعتدي) التي هي موضع الاستشهاد عند ال–الأردن.ى على الضعف، إرواء الغليل - (٧ / ١٤٧)

6 - الزيادة من (أ)

7 - ينظر أصول الأحكام الجامع لأدلة الحلال والحرام للإمام المتوكل على الله أحمد بن سليمان المتوفى (٥٦٦هـ) من إصدارات مؤسسة الإمام زيد بن علي الثقافية - عمان –الأردن. (ج ١ / ص ٣٤٣).

8 - قلت والله أعلم أن ألفاظ الكناية لا بد أن يتوفر فيها الشروط التالية:

أ- أن يفهم من اللفظ الفرقة .

ب- أن يشهد العرف لهذا اللفظ أو ألفاظ الكنايات بأن المقصود منها الطلاق، أما إذا كانت من الكنايات الخفية غير المعروفة فلا يقع بها الطلاق.

ج -أن ينوي الزوج الطلاق والقول قوله فيما نواه .

د- لابد من الاعتبار بدلالة الحال فإذا أوقع الزوج هذا اللفظ على زوجته في حال الغضب أو مذاكرة الطلاق فيقع، فإذا تلفظ الزوج على زوجته بلفظ من ألفاظ الكناية مع توفر الشروط المذكورة أيضاً وقعت طلقة واحدة رجعية، لأن الأصل في الطلاق أن يكون رجعيا بعدم الاعتبار بما نواه من عدد الطلقات فتقع واحدة . ومع هذا فيرى الباحث الأولى التقيد بصريح الطلاق دون الحاجة إلى غيرها.

9 - كتبت المآ.

10 - كتبت قراة ،وكذا في البقية .

والدليل على وقوع الطلاق بالكتابة المرتسمة مع النية ما ثبت عن النبي صلى الله عليه وآله [وسلم] [١] أنه أجرى[٢] الكتابة مجرى الكلام في تبليغ الرسالة إلى من لم يشافهه[٣] حتى لم يفصل بين من خاطبه وبين من كاتبه في لزوم ما كان يلزمه إياه هكذا في الغيث[٤].

ولقيام الكتابة مقام اللفظ لاشتراكهما في المواضعة وإذ هي حروفٌ مرتبة منظومة فأشبهت الكلام وإنما لم يكن صريحاً لاحتمالها الحكاية وتجويد الخط فاعتبرت فيه النية، وعن ص[٥][بالله][٦] وابن حنبل أنها صريح كاللفظ، فلا تعتبر فيها النية [٧]، والجواب ما مر آنفاً ، وكالكتابة المرتسمة قطع موضوع الأحرف من القرطاس، إذ هو كالوقر في[٨] الحجر.

وفي الكتابة بالتراب أو الدقيق وجهان: يقع كالمرتسم ولا إذ تمحى بالرياح فأشبه غير المرتسم.

ذكر ذلك في البحر قال: وأما الطابع فوضعه ممن لا يعرف الكتابة لا يوجب طلاقاً إذ ليس بناطق ولا كاتب ولا مشير، فإن عرف أن وضعه يُؤْثِرُ كناية الطلاق فوضعه بنيته احتمل أن يكون كإشارة الأخرس انتهى [٩].

قيل: ولو تلفظ الكاتب بما كتبه حال الكتابة أو بعدها وقع عليه الطلاق، فلو قال لم أنو الطلاق وإنما قصدت قراءة ما كتبته وحكاية ما فيه ففي قبوله ظاهراً وجهان مشتبهان بالوجهين فيما إذا حل وثاقها وقال أنت طالق [١٠].

قيل: وإنما تكون الكتابة كناية إذا كتب لفظاً صريحاً، فأما حيث كتب كناية فلا يقع ولو نوى، لأنه إذا كتب الصريح كان كناية، والكناية لا تكون لها كتابة

---

1 - الزيادة من (ج) .

2 - في (أ) أجرا.

3 - ومن ذلك الحديث الذي أخرجه البخاري في صحيحه -كِتَاب الْعِلْمِ - بَاب ما يُذْكَرُ في الْمُنَاوَلَةِ وَكِتَابِ أَهْلِ الْعِلْمِ بِالْعِلْمِ إلى الْبُلْدَانِ- عن عَبْدَ اللَّهِ بن عَبَّاسٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم بَعَثَ بِكِتَابِهِ رَجُلًا وَأَمَرَهُ أَنْ يَدْفَعَهُ إلى عَظِيمِ الْبَحْرَيْنِ فَدَفَعَهُ عَظِيمُ الْبَحْرَيْنِ إلى كِسْرَى فلما قَرَأَهُ مَزَّقَهُ فَحَسِبْتُ أَنَّ ابن الْمُسَيَّبِ قال فَدَعَا عليهم رسول اللَّهِ صلى الله عليه وسلم أَنْ يُمَزَّقُوا كُلَّ مُمَزَّقٍ" رقم ٦٤(ج١/ص٣٦).

4 - الغيث المدرار ج٢(خ) .

5 - في (ب) " المنصور " بدل "ص" وهو رمز له وكذا في بقية النسخة.

6 - الزيادة من (أ) و كذا في بقية النسخة فلا داعي لتكراره.

7 -ينظر كتاب الفروع وتصحيح الفروع، لمحمد بن مفلح المقدسي أبي عبد الله، - دار الكتب العلمية - بيروت – ١٤١٨هـ ط١ -تحقيق: أبي الزهراء القاضي. (ج٦/ص٤٩٨). والبحر الزخار (ج ٧ / ص ١٨٢).

8 - في (أ) من .

9 -البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار (ج ٧ / ص ١٨٥) .

10 - ينظر روضة الطالبين (ج٨/ص٤٢).

انتهى [١]، وظاهر المذهب عدم الفرق والله أعلم [٢].

قوله [عليلم][٣]: " **وإشَارَة نحو أخْرَسِ مُفْهِمَة** "أي وكإشارة نحو أخرس فهي من الكناية بغير اللفظ كما تقدم وأراد بنحو الأخرس من لا يمكنه الكلام في الحال كالمصمت فيقع الطلاق بإشارته المفهمة مع النية فأما من يمكنه الكلام فلا يقع الطلاق بإشارته مطلقاً.

واحترز بقوله " مفهمة" من الإشارة غير المفهمة فإن الطلاق لا يقع بها ظاهراً ولو نوى.

وقيل[٤]: [أما][٥]إذا نوى وقع الطلاق باطناً[٦]فلا تحل له وإنما صحت إشارة من لا يقدر على النطق للضرورة مع قيامها مقام النطق في الإعلام بما في الضمير، ولم يصح من القادر على النطق لعموم الضرورة.

وعن محمد[٧] والطبري[٨]والإمام ح[٩] للمذهب بل يصح منه مع النية لإفهامها

---

1 -ينظر إعانة الطالبين (ج٤/ص١٦)و الكافي في فقه ابن حنبل (ج٣/ص١٧٨) بنحوه .

2 - قلت ما ذهب إليه المصنف من القول بوقوع الطلاق بالكتابة هو الأظهر للأمور التالية:

١ -أن الكتابة تقوم مقام الكاتب ومقام التبليغ بالقول، فهي وسيلة من وسائل التعبير عن المقصود والمطلوب، بدليل انه عليه الصلاة والسلام كان مأمورا بتبليغ الرسالة، فبلغها بالقول مرة وبالكتابة مرة أخرى.

٢ -أن الكتاب كالخطاب أداة لإفهام المخاطب بالمراد، وقراءة المخاطب لما كتب له مفهوم وواضح، وأصل المكتوب كلاماً، والكلام هو: ما تحصل به الفائدة سواءً كان لفظا أو خطا أو إشارة أو نطق به لسان الحال.،والدليل على ذلك في الخط قول العرب " القلم أحد اللسانين "وتسميتهم ما بين دفتي المصحف "كلام الله ". فإذا كتب الرجل إلى امرأته كتابا يعلن فيه طلاقه لها، ثم نفذ إليها طلقت، شريطة أن تكون الكتابة واضحة مستبينة وأن تكون مكتوبة بعنوان الزوجة، بأن يكتب إليها يا فلانة ويذكر اسمها و يكتب أنت طالق،أما لو كتب على ورقة زوجتي طالق، أو أنت طالق فلا يقع الطلاق إلا بالنية، لاحتمال أنه كتب هذه العبارة من غير أن يقصد بها طلاقا، أو كتبها لتحسين خطه ونحو ذلك،ويقع طلاقه عليها من حين كتابته " أنت طالق " إلا أن يعلق طلاقها على بلوغ الكتاب لها أو قراءته لها، فيتوقف الوقوع على ما علق عليه . والله أعــلم،،،أ.هــ

3 - الزيادة من (أ).

4 - في (ب) أما بعد قيل .

5 - الزيادة من (ج).

6 - في (أ) بايناً .

7 - هو أبو عبد الله محمد بن الحسن الشيباني مولى لبني شيبان مات بالري سنة سبع وثمانين ومائة وهو ابن ثمان وخمسين حضر مجلس أبي حنيفة سنين ثم تفقه على أبي يوسف وصنف الكتب الكثيرة ونشر علم أبي حنيفة رحمه الله تعالى. (طبقات الفقهاء ج١/ص١٤٢).

8 -هو أبو علي الحسن بن القاسم الطبري، تفقه ببغداد على ابن أبي هريرة ودرس بها بعده، وصنف في الأصول والخلاف والجدل، وهو أول من صنف في الخلاف المجرد، وكتابه فيه يسمى المحرر، ويعرف أبو علي هذا بصاحب الإفصاح وهو شرح على المختصر عزيز الوجود، مات سنة خمسين وثلاثمائة. والطبري نسبة إلى طبرستان وهو أقليم متسع مجاور بخراسان ومدينته آمل بهمزة وميم مضمومة بعدها لام، وأما الطبراني فنسبة إلى طبرية الشام . (طبقات الفقهاء ج١/ص٢٠٥).

9 - في (ب) الإمام يحيى وأحياناً الإمام ي بدل "الإمام ح " وفي (ج) الإمام ي وهو كذا رمز له في بقية النسختين. والإمام يحيى هو الإمام المؤيد بالله يحيى بن حمزة بن على بن إبراهيم ينتهي نسبه إلى الحسين بن على بن أبى طالب رضى الله عنهم ولد بمدينة صنعاء سنة ٦٦٩ هــ واشتغل بالمعارف العلمية وهو صبى وتبحر في جميع العلوم وفاق أقرانه، صنف التصانيف الحافلة في جميع الفنون، منها الشامل و الانتصار والرسالة الوازعة للمعتدين عن سب أصحاب سيد المرسلين، وله غير ذلك من المصنفات الكثيرة حتى قيل أنها بلغت إلى مائة مجلد، وهو من أكابر أئمة الزيدية بالديار اليمنية وله ميل إلى الإنصاف مع طهارة لسان وسلامة صدر وعدم إقدام على التكفير والتفسيق بالتأويل ومبالغة في الحمل على السلامة على وجه حسن، وهو

كالكتابة[1].

قلنا: شبهها بالكلام ضعيف إذ ليست حروفاً مرتبة بخلاف الكتابة فلذلك لم يجعل لها حكم الكلام إلا للضرورة والأصل في اعتبار الإشارة عمله صلى الله عليه وآله بإشارة المرأة التي رضخ اليهودي رأسها في البحث عن صدقها[2]، وعمل الصحابة بإشارة أمامه بنت أبي العاص[3] في وصيتها لما لم تقدرا على الكلام[4] .

وقيـــــل[5]: أن إشارة الأخرس[6] تنقسم إلى صريح وكناية فإن أفهم بإشارته كل واقف عليها فهي صريحٌ لا تحتاج إلى نية، وإن لم يفهم إلا البعض فهي كناية، ثم إن الظاهر اعتبار إشارته وإن قدر على الكتابة، وقيل إنما تعتبر إشارته حيث لا يقدر على الكتابة وإلا فهي المعتبرة .

وينبغي أن يكتب مع ذلك أني قصدت الطلاق، لأن كتابة الأخرس كناية ككتابة الناطق على الصحيح، فيقع بها الطلاق إذا نوى وإن لم يفسر، وقيل لا بد من إشارته مع ذلك والله أعلم.

وأما الكناية باللفظ فألفاظها كثيرة لكن ذكر المؤلف منها ما يتوهم أنه صريح طلاق، وما يتوهم أنه غير صريح ولا كناية ،فالأول: قوله [عليلم][7] " **وَعَلَيَّ أَوْ يَلْزَمُنِي الطَّلَاق** " فإذا قال علي الطلاق، أو يلزمني الطلاق، فقد اختلف في هاتين العبارتين، فالمختار للمذهب أنهما كناية، وعن بعضهم أنهما صريح، للإتيان بلفظ الطلاق فيهما، وهو ضعيف لعدم إيقاعه على الزوجة تصريحاً، وعن الإمام ح وإدريس التهامي[8] أنه ليس بصريح ولا كناية.

=كثير الذب عن أعراض الصحابة المصونة رضى الله عنهم وعن أكابر علماء الطوائف رحمهم الله . توفي سنة ٧٠٥ هــ بمدينة ذمار ودفن بها.(البدر الطالع ج٢/ص٣٣١).

1 -ينظر البحر الزخار (ج ٧ / ص ١٨٧).

2 - أخرجه البخاري في صحيحه - كِتَاب الْخُصُومَاتِ -بَاب ما يُذْكَرُ في الأشخاص والملازمة وَالْخُصُومَةِ بين الْمُسْلِمِ واليهودي -رقم ٢٢٨٢ (ج٢/ص٨٥٠).والنسائي في السنن الكبرى- باب القود من الرجل للمرأة - رقم ٦٩٤٣ (ج٤/ص٢١٩)وابن ماجه في السنن- بَاب يُقْتَادُ من الْقَاتِلِ كما قَتَلَ - رقم ٢٦٦٥ (ج٢/ص٨٨٩).

3 - هي أمامة بنت أبي العاص بن الربيع، أمها زينب بنت رسول الله e ،كان رسول e يحبها وربما حملها على عنقه في الصلاة ، تزوجها علي بن أبي طالب بعد فاطمة y أجمعين ثم تزوجت على المغيرة بن نوفل بعد موت علي بن أبي طالب t ، وتوفيت عنده في حدود الخمسين للهجرة .(الوافي بالوفيات ج٩/ص٢١٧).

4 -ينظر البحر الزخار (ج ١٥ / ص ٣٤٢) .

5 -في (ب، ج) قيل هو ابن أبي شريف. وفي (ب) زيادة كلمة [يفرق]بعد قيل والأولى لاستقامة العبارة عدم وضعها في المتن.

6 - في (أ) أنّ الإشارة من الأخرس.

7 - الزيادة من (أ) .

8 - هو إدريس بن محمد بن علي السليماني [ق ٧ هــ] المشهور بإدريس التهامي، إمام عظيم القدر متكلم في العلوم، له في المذهب ترجيحات، وله كتاب في (أحكام الدور دار الإيمان والكفر والفسق) رحمه الله. (مطلع البدور ومجمع البحور (ج ١ / ص ٤٢٧) .

فال في الغيث: وهو الأقرب عندي[1/] لأنه لم يوقع في هذا اللفظ الطلاق على الزوجة، وإنما هو بمنزلة من قال ألزمت نفسي أن أطلق، ولا خلاف في أن هذا ليس بصريح ولا كناية، فكذلك ما هو في معناه [٢] انتهى [٣].

قيل: وإنما لم يجب الطلاق إذا أوجبه العبد على نفسه، بأن يقول لله علي[٤] أن أطلق زوجتي لأنه لا قربة فيه، بخلاف العتق [وصدقة] [٥] المال [٦]والله أعلم .

وأما الثاني وهو ما يتوهم أنه غير صريح ولا كناية، فقد بينه عليلم [٧] بقوله: " **وَتَقَنَّعِي وَأَنْتِ حُرَّةٌ وَأَنَا مِنْكِ حَرَامٌ لَا طَالِقٌ** " أما تقنعي فربما يتوهم أن معناه البسي القناع، وهذا لا يفيد الطلاق، وأما قوله "أنت حرة" فلأنه موضوع للعتق، فيتوهم أنه لا يقع به الطلاق، وقد جعل هذان اللفظان كناية طلاق لأنهما يحتملانه فلو نوى الطلاق بأحدهما وقع.

قيل وجميع ألفاظ العتق كناية في الطلاق، كما أن لفظ الطلاق كناية في العتق، لما بين ملك النكاح وملك اليمين من المناسبة، مع دلالة كل من اللفظين على الإزالة [٨].

وأما قوله أنا منك حرام فقد يتوهم أنه ليس بكناية طلاق، لكونه[٩] لم يضفه إلى المرأة.

وعن الناصر: أنه لا يقع الطلاق بقوله أنا عليك حرام، فيأتي مثله في أنا منك حرام إذ هما سواء، والمذهب أنهما كناية [١٠].

وأما حيث قال أنت علي حرام فلا إشكال أنه كناية طلاق، فإن نوى به الطلاق كان طلاقاً، وإن نوى به الظهار كان ظهاراً، وإن نوى به اليمين أولم ينو شيئاً لزمته[١١] كفارة يمين على المختار للمذهب كما سيأتي.

---

1 -نهاية ورقة ٨٨ من النسخة (ب) .
2 - في (ب) ما هو بمعناه .
3 - الغيث المدرار ج٢(خ) .
4 - في (أ) علي لله .
5 - الزيادة من (ب، ج) وفي (أ) بخلاف العتق والمال .
6 - ينظر كتاب التحرير للإمام أبي طالب يحيى بن الحسين الهاروني المتوفى سنة ٤٢٤هـ(ج ١ / ص ٥٧٩). و المحرر في الفقه (ج٢/ص٢٠٠) بنحوه .
7 - في (أ) عليلم وفي (ج) أيده الله .
8 - ينظر كشاف القناع (ج٥/ص٢٤٥). و البحر الرائق (ج٤/ص٢٤٦). و حاشية البجيرمي (ج٤/ص٧) والمهذب (ج٢/ص٢) كلها بنحوه .
9 - في (أ) لكنه .
10 - ينظر كتاب التحرير (ج ١ / ص ٣٢٩).
11 - في (ج) لزمه.

وقوله "لا طالق" معناه لا إذا قال الرجل لزوجته أنا منك طالق، فإن هذا لا يكون طلاقاً [لا][١] صريحاً ولا كناية على المذهب وهو قول ح [٢].

وقال ش ك: يقع به الطلاق هكذا في الغيث[٣] .

والذي في الإرشاد وشرحه ما حاصله أنه إن نوى بذلك اللفظ طلاقاً وقع،وإن لم ينو شيئاً أو نوى[٤/أ] طلاق نفسه لم يقع على ما اختاره الإمام، يعني الجويني[٥]،لأنه خصصه بغير محل الطلاق فامتنع الصرف إليه انتهى هــ[٦].

وفي البحر ما لفظه المذهب والفريقان[٧]، وأنا عليك حرام كناية طلاق إذ التحريم صفه لهما جميعاً القاسمية[٨] وح، وأنا منك طالق ليس كناية إذ لا يوصف الرجل بأنه طالق.

ش وك: بل يوصف به إذ هو بينونة فهو كناية.

قلنا[٩]: لم يوصف رجل بأنه طالق لا لغة ولا عرفاً انتهى[١٠].

تنبيـــــهٌ: "وقد ذكر في البحر من ألفاظ الكناية غير ما تقدم خَلِيَّةٌ، بَرِيَّةٌ بَتْلَةٌ بَتَّةٌ، مَقْطُوعَةٌ مُنْقَطِعَةٌ، انْطَلِقِي، اُخْرُجِي، الْزَمِي الطَّرِيقَ إلى بَلَدِك، اجْمَعِي ثِيَابَك، تَزَوَّجِي غَيْرِي، اخْتَارِي لِنَفْسِك زَوْجًا، أَنْفِقِي عَلَى نَفْسِك، اذْهَبِي، اُبْعُدِي اعْتَدِّي، اسْتَبْرِئِي رَحِمَك ذُوقِي، اسْتَفْلِحِي حَبْلُك عَلَى غَارِبِك، رَفَعَتْ يَدِي عَنْك، انْصَرَفَتْ عَنْك، أَنْتِ الْآنَ أَعْلَمُ بِشَأْنِك وَهَبْتُك لِأَهْلِك [١١].

---

1 - الزيادة من (ب) .

2 - ينظر المبسوط للسرخسي (ج٦/ص٧٨).

3 - الغيث المدرار ج٢(خ) والمهذب (ج٢/ص٨٢).والمدونة الكبرى للإمام مالك بن أنس- دار صادر – بيروت (ج٥/ص٤٠١).

4 - نهاية ورقة ٨٣ من (أ) .

5 - هو عبد الملك بن عبد الله بن يوسف إمام الحرمين أبو المعالي ابن الإمام أبي محمد الجويني الفقيه الملقب ضياء الدين رئيس الشافعية، قال السمعاني كان إمام الأئمة على الإطلاق المجمع على إمامته شرقا وغربا لم تر العيون مثله، ولد سنة تسع عشرة وأربع مائة في المحرم وتوفي ٤٧٨هـ. (الوافي بالوفيات ج١٩/ص١١٦).

6 - ينظر الإرشاد للإمام شرف الدين إسماعيل بن أبي بكر الشهير بابن المقري اليمني الشافعي ، المتوفى سنة ٨٣٧هــ دار عمر بن الخطاب –مصر – ط١ ١٤٣٠ه-٢٠٠٩م (ص١٤١). وفتح الجواد بشرح الإرشاد لأبي العباس أحمد شهاب الدين بن حجر الهيتمي الشافعي .-مطبعة البابي الحلبي بمصر – ١٣٧٤هـــ(١١٧/٢).

7 - المقصود بالفريقين أبو حنيفة وأصحابه، والشافعي وأصحابه. ينظر (الانتصار (ج ١ / ص ٣٢٢) .

8 -هم أصحاب القاسم بن إبراهيم بن إسماعيل بن إبراهيم بن الحسن بن الحسن بن علي بن أبي طالب. (الانتصار على علماء الأمصار(ج ١ / ص ٢٢٥) .

9 - في (أ،ب) قلت.

10 - البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار (ج ٧ / ص ١٧٣).

11 -البحر الزخار (ج ٧ / ص ١٦٨).

وزاد بعض الشافعية أغناك الله [١]، وبعضهم كلي واشربي لاحتماله كلي زاد [ألم] [٢] الفراق واشربي كأسه، وزاد بعض أهل المذهب وغيرهم لست لي بامرأة، وكذا قوله لا في جواب ألك امرأة، وزاد في [شرح][٣] الإرشاد الحقي بأهلك لا أنده[٤]سَرْبَكِ[٥] بفتح السين المهملة اعْزِبي بالعين المهملة والزاي المعجمة، اغربي بالغين المعجمة والراء[٦] المهملة، ومعناهما الأمر بالبعد تجرعي، تزودي [٧].

وضابطها ما تقدم في الأثمار وأصله ما احتمله وغيره [٨].

وفي البحر ما لفظه: **فـــــرع** الإمام ح للمذهب وش وتعتبر النية فيها ولا تكفي القرينة، ح بل القرينة تلحقها بالصريح، كقوله عند طلبها للطلاق أنت باين، **قلت** وهو قريب وقد حكاه الإمام ح عن القاسمية، واختاره أحمد بن حنبل بل القرينة الحالية كافيةٌ وإن عدمت المقالية.

قلنا: إن كانت القرائن أمارة لحدوث النية فمسلم، وأما كون القرينة كافية في تعيين معنى اللفظ من غير نية فغير مسلم [٩].

وقال فيه:**مسألة**[١٠]: العترة[١١] جميعاً والكناية كالصريح في انقسامها إلى رجعي وباين إذ لم يفصل الدليل.

ش بل الكناية كلها رجعية، إلا أن يريد اثنين أو ثلاثاً فعلى ما نوى، لقوله صلى الله عليه وآله " الأعمال بالنيات "[١٢] [١٣].

---

1 - الأصح في المذهب الشافعي أن قوله أغناك الله ليس كناية (ينظر روضة الطالبين ج٨/ص٢٧).
2 - الزيادة من (أ) .
3 - الزيادة من (أ) .
4 - أي أزجر(فتح الجواد بشرح الإرشاد(١١٧/٢).
5 - بمهملة مفتوحة ما يرعى من المال كالإبل ومكسورة جماعة الظباء والبقر، فراء ساكنة أي لا أهتم بشأنك لأني طلقتك. ينظر(فتح الجواد بشرح الإرشاد(١١٧/٢).
6 - كتبت الرآ وكذا في البقية .
7 - فتح الجواد بشرح الإرشاد(١١٧/٢).
8 -ينظر كتاب الأثمار للإمام المتوكل على الله شرف الدين بن شمس الدين(خ).
9 -البحر الزخار (ج ٧ / ص ١٦٨).
10 - في المخطوط"مسيلة" وكذا في البقية.
11 - العِتْرَةُ: (نَسْلُ الرَّجُلِ) وأَقْرِباؤُه من وَلَد وغَيْرِه . و قيل : عِتْرَةُ الرَّجُلِ : (رَهْطُه وعَشِيرَتُه الأَدْنَوْنَ) ، أَي الأَقْرَبُونَ (ممَّن مَضَى وغَبَرَ)، وقال ابنُ الأَعرابيّ : عِتْرَةُ الرجلِ : وَلَدُه وذُرِّيَّتُه وعَقِبُه من صُلْبِه، قال : فعِتْرَةُ النَّبِيِّ صلى الله عليه وسلم وَلَدُ فاطمَةَ البَتُولِ عليها السّلام، والمَشْهُورُ المعروف أَنْ عِتْرَتَه أَهْلُ بَيْتِه، وهم الذين حُرِّمَتْ عليهم الزّكاةُ والصَّدَقَةُ المفروضَة، وهم ذو القُرْبَى الذين لهم خُمُسُ الخُمُسِ المذكور في سورةِ الأَنفال. ينظر (تاج العروس من جواهر القاموس (١٢ / ٥٢٠).
12 -سبق تخريجه صـــ٧٧ .
13 - البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار (ج ٧ / ص ١٧٥) .

قلنا: اللفظ لا يفيد العدد وضعاً ولا عرفاً فلا تصح نيته.

ح: بل كلها باينة إلا اعتدي واستبرئي، أو أنت واحدة فرجعية، إذ أصل الطلاق كله البينونة إلا ما خصه دليل ولم يخص إلا لفظ الطلاق لقوله تعالى"**(**وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ [فِي ذَلِكَ][1]**)** [2] وهذه الثلاثة إذ لفظها لا يقتضي البينونة.

قلنا: لا نسلم بل الطلاق كله مشروع لقطع النكاح صريحه وكنايته، ودليل صحة الرجعة لم يفصل إلا التثليث والخلع [3].

وقال: " مَسْأَلَةٌ " ومن حق النية المقارنة للَّفظ، ولا يضر فاصل ضروريٌّ: كالسعال والعطاس وبلع الريق [4].

فإن تأخرت عن اللفظ لم تصح، وإن قارنت أول اللفظ دون آخره[أو العكس][5] فوجهان:

الإمام ح والاسفرائيني[6]: يصح كلو عزمت نية الصلاة في أثنائها، الْمَرْوَزِيّ لا إذا قارنت بعضاً لا يصلح للطلاق.

قلت: فَإِنْ[7] قَارَنَتْ آخِرَ اللَّفْظِ دُونَ أَوَّلِهِ ، فَالْأَقْرَبُ أَنَّهَا لَا تَصِحُّ، كما [8] ذَكَرَهُ الْمَرْوَزِيِّ انتهى [9].

ووجه الفرق أن النية إذا قارنت أول اللفظ استصحبت حكما كما في نية الوضوء و[10] الصلاة، بخلاف ما إذا اقترنت بآخره دون أوله، [فإنها لا تنعطف على أوله كما][11]إذا قرنت في أول الوضوء

1 - الزيادة من (أ) .

2 - البقرة: ٢٢٨.

3 -البحر الزخار (ج ٧ / ص ١٧٥) .

4 - البحر الزخار (ج ٧ / ص ١٨٠) .

5 -زيادة من (نسخ المخطوط) وليست في البحر . ينظر (ج ٧ / ص ١٨٠).

6 -هو أبو حامد أحمد بن طاهر الاسفرائيني ولد سنة أربع وأربعين وثلاثمائة ومات في شوال سنة ست وأربعمائة وانتهت إليه رياسة الدين والدنيا ببغداد واتفق الموافق والمخالف على فضله وتقديمه في جودة الفقه وحسن النظر ونطاقه العلم . (طبقات الفقهاء ج١/ص١٣١) .

7 -في البحر الزخار (ج ٧ / ص ١٨٠). " فإن" بدل" إن " .

8 -في البحر الزخار (ج ٧ / ص ١٨٠). " لما" بدل" كما " .

9 - البحر الزخار (ج ٧ / ص ١٨٠) .

10 - في (أ) أو.

11 - الزيادة من (ب،ج).

أو[١] الصلاة][٢]، قيل والمراد باللفظ لفظ الكناية فقط فيعتبر اقتران النية بياءٍ [٣] باين في قوله أنت باين وبخاء [٤] خلية في قوله أنت خلية ونحو ذلك.

وقيل: بل المراد جملة اللفظ فيقترن بأول أنت في المثالين المذكورين، قيل والمتجه الأول لأن النية جعلت لصرف اللفظ إلى أحد محتمليه أو محامله، ولفظة أنت دالة على الخطاب لا غير، وإنما الاحتمال في الكناية كباين ونحوه .

تنبيـــــهٌ: والدليل على اعتبار النية في الكناية، الإجماع على أنه لا يقع الطلاق إذا لم ينوه[٥] وحديث توبة كعب بن[٦] مالك[٧] ففيه أنه قال لزوجته "الحقي بأهلك"[٨] ولم يكن طلاقاً لما لم ينوه بخلاف قوله صلى الله عليه وآله [وسلم][٩] لابنة الجون[١٠] "الحقي بأهلك" فإنه كان طلاقاً لما نواه ، ولفظ هذا الحديث فيما أخرجه البخاري[١١] عن عائشة[١٢] أن ابنة الجون لما دخل عليها رسول الله صلى الله عليه وآله ودنا منها قالت أعوذ بالله منك فقال لقد

---

1 - في (ج) أو.

2 - الزيادة من (أ) وبدلها في (ب) العبارة التالية"كما إذا قرنت في أول الوضوء والصلاة ".

3 -كتبت بيآء.

4 - كتبت بخآء.

5 -في (أ)إذا لم ينو.

6 -في (أ)ابن.

7-هو كعب بن مالك بن أبي كعب عمرو الأنصاري الخزرجي ، شاعر رسول الله وصاحبه ،أحد الثلاثة الذين خلفوا ، فتاب الله عليهم ، شهد العقبة ، كان من أهل الصفة ، ذهب بصره في خلافة معاوية ، له عدة أحاديث رواها عنه ابنه وجماعة، مات سنة أربعين وقال الواقدي سنة خمسين .(سير أعلام النبلاء ٥٢٦/٢).

8-أخرجه البخاري في صحيحه -كتاب المغازي -باب حديث كعب بن مالك رقم ٤١٥٦ (١٦٠٦/٤) وأورده بتمامه . ومسلم في كتاب التوبة - باب حديث توبة كعب بن مالك رقم ٢٧٦٩ (٢١٢٠/٤).

9 -الزيادة من (ب) .

10- ابنة الجون واسمها أميمة بنت النعمان بن شراحيل وهو الصحيح وقيل : أسماء بنت النعمان بن أبي الجون (فتح الباري شرح صحيح البخاري لأحمد بن علي بن حجر أبي الفضل العسقلاني الشافعي، - دار المعرفة - بيروت، تحقيق: محب الدين الخطيب،(٩/ ٣٥٩). والإصابة لابن حجر - دار الجيل: بيروت-ط١ ١٤١٢/١٩٩٢م بتحقيق علي البجاوي (٥١٦/٧).

11- البخاري هو أبو عبدالله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة الجعفي مولاهم الحافظ العلم صاحب الصحيح، وإمام هذا الشأن والمعول على صحيحه في أقطار البلدان، روى عن الإمام أحمد و ابن المنذر وابن المديني وخلق، وعنه مسلم و الترمذي وخلق، قال بندار حفاظ الدنيا أربعة أبو زرعة بالري، ومسلم بنيسابور والدارمي بسمرقند والبخاري ببخارى، وللبخاري مؤلفات عدة منها: الجامع الصحيح فلم يضع فيه حديثا إلا اغتسل قبل ذلك وصلى ركعتين، ولد يوم الجمعة بعد الصلاة لثلاث عشرة خلت من شوال سنة أربع وتسعين ومائة، ومات ليلة عيد الفطر سنة ست وخمسين ومائتين(طبقات الحفاظ ٢٥٢/١).

12-هي عائشة أم المؤمنين بنت الإمام خليفة رسول الله r أبى بكر عبد الله بن أبي قحافة، زوجة النبي rوأفقه نساء الأمة على الإطلاق، وأمها هي أم رومان بنت عامر الكنانية، تزوجها نبي الله قبل مهاجره بعد وفاة الصديقة خديجة، ودخل بها وهي ابنة تسع، روت عن النبي علما كثيراً طيباً مباركاً، وعن أبيها وطائفة، وحدث عنها إبراهيم النخعي والتيمي وجماعة، كانت امرأة بيضاء جميلة، لم يتزوج النبي بكراً غيرها ولا أحب امرأة حبها، توفيت سنة سبع وخمسين وقيل ثمان وخمسين ودفنت بالبقيع (سير أعلام النبلاء ١٣٥/٢).

عذت بعظيم الحقي بأهلك"[١] وحديث توبة كعب المذكور أيضاً أخرجه البخاري وغيره[٢][٣].

قوله عليلم " **وَسُنِّيُّهُ وَاحِدَةً فِي طُهْرٍ لَا وَطْءٌ مِنْهُ فِي أَيِّه وَلَا طَلَاقٌ ولَا فِي حَيْضَتِهِ الْمُتَقَدِّمَةِ** " الطلاق ينقسم إلى سني وبدعي عند الأكثر، وفي إحدى الروايتين عن ش لا بدعة فيه بل كله جائز [٤].

لنا قوله تعالى:**(فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ)** [٥][٦/]، وحديث طلاق ابن عمر وسيأتي فالطلاق السني عند أهل المذهب ومن وافقهم في حق ذوات الحيض ما جمع الأربعة الشروط المذكورة.

الأول: أن يوقع طلقة واحدة فقط، فلو أوقع أكثر من واحدة بلفظ أو بألفاظ كان بدعياً.

قال في الغيث:" لما روي عن عمر" أنه كان إذا رأى رجلاً طلق امرأته ثلاثاً في مجلس واحد أوجعه ضرباً وفرق بينهما"[٧] انتهى[٨] وسيأتي نحو ذلك.

[الشرط الثاني: أن يطلقها في طهر، فلو طلقها وهي حائض كان بدعياً لخبر ابن عمر وسيأتي] [٩].

الشرط الثالث: أن يكون الطهر الذي طلقها فيه لم يقع من الزوج وطئ فيه للزوجة، لا قبل الطلاق ولا بعده، وهذا المراد بقول المؤلف [عليلم][١٠] في أيّه، فلو طلقها في طهر قبل أن يطأها، ثم راجعها في ذلك الطهر، فوطئها فيه، انقلب ذلك الطلاق المتقدم بدعياً، ذكره ص بالله في المهذب[١١]،

1- أخرجه البخاري في صحيحه - كتاب الطلاق - باب من طلق، وهل يواجه الرجل امرأته بالطلاق- رقم ٤٩٥٥ (٥ / ٢٠١٢).

2- سبق تخريجه آنفاً.

3 - لقد خالف المصنف رحمه الله في هذه المسألة منهجية البدء بالاستدلال فالأصل أن يستدل أولاً بالحديث ثم الإجماع كما هو المتعارف عليه عند علماء الأصول.

4 - ينظر الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع لمحمد الشربيني الخطيب - دار الفكر - بيروت – ١٤١٥هـ تحقيق: مكتب البحوث والدراسات (ج٢/ص٤٤١).

5 - الطلاق:١.

6 -نهاية ورقة ٨٩ من النسخة (ب) .

7 - أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف- باب من كره أن يطلق الرجل امرأته ثلاثا في مقعد واحد وأجاز ذلك عليه- رقم ١٧٧٩ (ج٤/ص٦١).

8 - الغيث المدرار ج٢(خ) .

9 - سقط من (ب).

10 - الزيادة من (أ) .

11 - المهذب في فتاوى الإمام المنصور بالله عبدالله بن حمزة (ج ١ / ص ١٨٣).

وقد أشار[١] إلى ذلك ع، وقيل: لا ينقلب بدعياً ذكر ذلك في حواشي المهذب وأشار إليه في الزوائد، وذكره الفقيه ل [٢].

قال في الغيث فإذا أراد مراجعتها راجعها بالقول، ولا يجوز له الوطء حتى تحيض ثم تطهر.

وهل يجوز له الاستمتاع ؟

قلت: الأقرب أنه لا يجوز وإلا انقلب بدعياً[٣] إذا فعل انتهى[٤] هـ.

ومن تمام هذا الشرط أن لا يقع منه طلاق في أي ذلك الطهر لا قبل الطلاق ولا بعده، فإن وقع منه طلاق فيه[٥] قبل هذه الطلقة أو بعدها، صار الجميع بدعياً، ذكر ذلك الفقيه ح[٦] قياساً على ما لو تعقبه الوطء كما مرّ هـ[٧] .

الشرط الرابع: أن لا يكون قد وقع منه وطئ لها ولا طلاق في الحيضة المتقدمة على ذلك الطهر، فإن كان قد فعل شيئاً من ذلك صارت الطلقة في الطهر بدعة، [فأما لو وطئ أو طلق في الحيضة المتأخرة عن ذلك فلا تنقلب الطلقة التي في الطهر بدعة][٨] .

فهذه شروط الطلاق السني في حق ذوات الحيض، وأما في حق غيرهنّ [/٩] فقد بينه [عليلم][١٠] بقوله " **وفِي حَقِّ غَيْرِ الْحَائِضِ الواحدة** " أي والطلاق السني في حق غير ذات الحيض، كالآيسة لصغر أو كبر والحامل، وكذا الضهياء[١١] على الصحيح شرطه أن لا

---

1 - في (أ) زيادة إليه.

2 - المقصود به الفقيه محمد بن سليمان وقد رمز له في المخطوط باختلاف نسخها بـ الفقيه ل وأحيانا قيل ل وهو محمد بن سليمان بن أبي الرجال المعروف بابن أبي الرجال، الفقيه بدر الدين المذاكر المجتهد، له عناية بالعلوم، وتزهد في الدنيا، من مؤلفاته: (الروضة المشهورة في الفقه) كتبها عنه محمد بن أحمد بن سلامة بن أبي الجيش، أن سمع عليه (اللمع) للأمير علي بن الحسين. أقام بصعدة ، وبها توفي في النصف الأخير من جمادى الآخرة سنة ثلاثين وسبعمائة، وقُبِرَ قريب جبان العيد المعروف بالمشهد قبلي صعدة المحروسة، انتهى. طبقات الزيدية الكبرى (٢ / ٣٩١).

3 - [الذي وجدته في الغيث ولا ينقلب بدعياً وهو الذي في شرح الزوايد عن الإمام تمت " منقولة من هامش الأم بلفظها هـ].(تعليق في هامش الصفحة من (ب).

4 -الغيث المدرار ج٢(خ) .

5 - الزيادة من (ب) .

6 - المقصود به الفقيه يحي البحيبح، وقد رمز له في المخطوط باختلاف نسخها بـ الفقيه ح وأحيانا قيل ح. وهو يحيى بن الحسن البحيبح ويقال البحيح عالم كبير وفاضل شهير، كان أحد مذاكري فقهاء الزيدية المعتمد على أقوالهم في حياته وبعد موته، له تعليقة على اللمع، من تلامذة الأمير العالم المؤيد بن أحمد بن المهدي، و تاريخ مولده ووفاته مجهول والعلم لله . ينظر (مطلع البدور ومجمع البحور (ج ٤ / ص ٤٥٨)، وطبقات الزيدية الكبرى (القسم الثالث) (ج ٣ / ص ٩٢) بتصرف.

7 - في (ب) زيادة (و).

8 - الزيادة من (أ).

9 - نهاية ورقة ٨٤ من (أ) .

10 - الزيادة من (أ).

11 -هي المرأة التي لا تحيض ولا تحمل أو تحيض ولا تحمل، أو لا ينبت ثدياها(القاموس المحيط ج١/ص١٦٨٤). وقيل هي المرأة الكبيرة التي لم يأتها حيض أصلاً (شرح الأزهار - (٢ / ٤٦٦).

يزيد على طلقة واحدة فقط، فلو طلقها أكثر من واحدة في شهر واحد بلفظ أو ألفاظ كان الجميع بدعيا، وظاهر مذهب ش أن إيقاع الطلقتين والثلاث لا يكون بدعيا سواء كان بلفظ أو ألفاظ وسواء كانت المرأة من ذوات الحيض أم لا وقد روى عنه خلاف ذلك [١].

قوله عليلم " **لكن نُدِبَ** [٢] **تَقْدِيمُ الْكَفِّ شَهْرًا** " يعني أن غير ذات الحيض لا يشترط في كون طلاقها للسنة تقديم الكف عن وطئها فلو طلقها[٣] عقيب وطئها لم يكن بدعياً، ولو طلقها ثم راجعها جاز له وطؤها عقيب المراجعة، لكنه يندب إذا أراد تطليقها أن يقدم الكف عن جماعها شهراً ثم يطلقها، فإن طلقها قبل مضي الشهر جاز ذلك، ولم يكن الطلاق بدعياً هذا مذهبنا[٤] وهو قول ح وش [٥].

وقال زفر[٦]: أن تقديم الكف عن جماعها يجب، فهذه شروط السني عندنا [٧].

وزاد الناصر النية فلا يصح طلاق الهازل عنده، وزاد أيضاً الإشهاد[٨]، وهو قول الباقر، والصادق، والإمامية وإلا لم يقع، واحتجوا بقوله تعالى"**(** وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ **)**[٩][١٠].

قلنا [أن][١١] الأمر[١٢] ورد بعد ذكر الطلاق والرجعة وليس أحدهما بتعليق شرط[١٣] الإشهاد [به][١٤] أحق من الآخر ولا خلاف أنه ليس بشرط فيهما جميعاً، وإن قال بعضهم هو شرط في الرجعة دون الطلاق ونحن نقول لا يشترط في أيهما وإنما يستحب فقط.

---

1 - ينظرأسنى المطالب في شرح روض الطالب (ج٣/ص٢٦٥)، و فتح المعين بشرح قرة العين، لزين الدين بن عبد العزيز المليباري، - دار الفكر – بيروت (ج٤/ص٤).

2 - في (أ، ج)يندب وفي المتن كما هو في (ب). ينظر (مخطوطة متن الأثمار صــ٤٥).

3 - في (أ) طلقت.

4 - ينظر البحر الزخار (ج ٧ / ص ١٤٤).

5 -ينظر فتاوى السغدي (النتف في الفتاوى)، لأبي الحسن علي بن الحسين بن محمد السعدي، - دار الفرقان / مؤسسة الرسالة - عمان الأردن / بيروت لبنان - ١٤٠٤ - ١٩٨٤، ط٢، تحقيق: المحامي الدكتور صلاح الدين الناهي (ج١/ص٣٢٠). و روضة الطالبين ج٨/ص٧). و البحر الزخار (ج ٧ / ص ١٤٤).

6 - هو زفر بن الهذيل بن قيس العنبري البصري صاحب الإمام أبي حنيفة، وكان يفضله ويقول هو أقيس أصحابي إمام من أئمة المسلمين وعلم من أعلامهم في شرفه وحسبه وعلمه كما قال أبو حنيفة عنه، تولى قضاء البصرة، ولد سنة عشر ومائة وتوفي بالبصرة سنة ثمان وخمسين ومائة وله ثمان وأربعين سنة. (الجواهر المضية في طبقات الحنفية، لعبد القادر بن أبي الوفاء محمد بن أبي الوفاء القرشي أبي محمد، - مير محمد كتب خانه – كراتشي(ج١/ص٢٤٣) .

7 - فتاوى السغدي (ج١/ص٣٢٠) والبحر الزخار (ج ٧ / ص ١٤٤).

8 - البحر الزخار (ج ٧ / ص ١٤٣) .

9 - الطلاق:٢.

10 -ينظر شرائع الإسلام في مسائل الحلال لجعفر بن الحسن الهذلي- مؤسسة مطبوعاتي إسماعليان (ج ٤ / ص ٥٧).

11 - سقط من (أ).

12 - في (أ) الآخر.

13 - في (أ) بشرط تعليق.

14 - الزيادة من (ج).

أما الطلاق فلقوله تعالى(**فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ**)[١] ونحوها ولم يشترط[٢] الإشهاد.

وأما الرجعة فلقوله تعالى(**فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ**)[٣] (**وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ**)[٤] ولم يشترط[٥] الإشهاد هكذا في أصول الاحكام [٦].

قال في الغيث:" وفي هذا الاحتجاج نظر يخشى التطويل بذكره [٧].

والأولى عندي أن يقال في الاحتجاج ليس في الآية أكثر من أنه أمرٌ بالإشهاد ولم تصرح بأنه شرط، والأمر وإن كان يقتضي الوجوب فقد ورد الأمر بالشهادة في البيع ولم يقتض الوجوب عند الجميع، فقسنا هذا الأمر على ذلك الأمر لاشتراكهما في كونهما أمراً بالإشهاد على إيقاع لفظ .

وأما الرجعة في إمساك وليست بإيقاع، فيحمل الأمر على الاستحباب فقط كما في البيع انتهى .

قوله عليلم :" **وَيُفَرِّقُ** [٨] **المثلث عَلَى الْأَطْهَارِ أَوْ الشُّهُورِ وُجُوبًا [وَيُخَلِّلُ الرَّجْعَةَ بِلَا وَطْءٍ]** [٩] " أي ويجب على من أراد التطليق ثلاثاً أن يفرق الثلاث التطليقات على الأطهار إن كانت ذات حيض، فيطلقها في كل طهر طلقة، وإن لم تكن ذات حيض، فرق التطليقات على الشهور، فيطلقها في كل شهر طلقة فقط، حتى يكون الطلاق للسنة، ووجهه أن التطليق ثلاثاً بكلمة واحدة محظور، وإذا كان كذلك فلابد من فاصل بين كل تطليقتين، ولا فاصل إلا الأطهار أو الشهور.

قيل: وعند الناصر، والباقر، والصادق، وك وش ، أن الحامل لا تطلق في حال حملها إلا واحدة [١٠]، وأن الحمل بمثابة طهر واحد ،ويجب على هذا المريد للتطليق[١١] ثلاثاً أن يخلل الرجعة باللفظ بين كل تطليقتين من دون وطئ، فيطلقها الأولى ثم يراجعها[باللفظ][١٢]،

---

1 - الطلاق:١.
2 - في (أ) يشرط.
3 - البقرة:٢٢٩.
4 - البقرة:٢٢٨.
5 - في (أ) يشرط.
6 -أصول الأحكام الجامع لأدلة الحلال والحرام (ج ١ / ص ٣٣١).
7 -الغيث المدرار ج٢(خ) .
8 - في (أ) فيفرق.
9 - سقطت من المتن في (ب) " واستدركت في الهامش .
10 - في (أ)الواحده .
11 - في (أ، ب)التطليق.
12 - الزيادة من (ج) .

ويكف عن جماعها، [حتى تحيض ثم تطهر فيطلقها الثانية في هذا الطهر الثاني ثم يراجعها باللفظ، ويكف عن جماعها][١]فإذا طهرت الطهر الثالث طلقها فيه فتبين منه حينئذ [٢].

ووجه الوجوب أن المشروع أن يطلقها في طهر لا وطء منه في أيّه ولا طلاق كما تقدم وسيأتي دليله.

وأما تخليل[٣] الرجعة فلأن الطلاق لا يتبع الطلاق [عندنا] [٤]كما سيأتي.

قوله عليلم: " **وَيَكْفِي فِي مثل ثَلَاثًا لِلسُّنَّة تَخَلِيل الرَّجْعَةِ** " فإذا قال لها أنت طالق ثلاثاً للسنة فكأنه قال أنت طالق عند كل [رجعة] [٥]طهر بعد الرجعة بين كل تطليقتين، فإذا راجعها بلسانه في كل طهر من غير جماع طلقت، حتى يستوفي ثلاثاً على السنة ولا يحتاج إلى تحديد طلاق، وإنما اعتبرت الرجعة باللسان من دون جماع لما تقدم من أنه إذا وطئها بعد الطلاق في الطهر الذي طلقها فيه انقلب الطلاق بدعياً، ووجه ذلك أن العلة التي صار الطلاق لأجلها بدعياً حيث طلقها بعد الوطء في ذلك الطهر، حاصله حيث وطئ فيه بعد الطلاق فينكشف كونه بدعياً، وأراد المؤلف[عليلم] [٦] بالمثل ما إذا قال أنت طالق واحدة للسنة أو[٧] اثنتين للسنة فإن الكلام في ذلك كالكلام في الثلاث وهو المراد بلفظه نحو في عبارة الأزهار [٨].

تنبيــــــه: **اعــــلم** أن طلاق العدة هو طلاق السنة عندنا، سواء طلقها واحدة أو ثلاثاً على الصفة التي قدمنا، وإنما سمي طلاق العدة لأنها تبتدئ الاعتداد بأول حيضة بعد وقوع[٩/] الطلاق ذكره في التقريرعن ط [١٠].

قال الإمام المهدي عليلم[١١] :ووجه ذلك قوله تعالى

---

1 - الزيادة من (أ) أو أنه سقط من (ب).
2 -ينظر شرح الأزهار(ج ٢ / ص ٣٨٩) .والمدونة الكبرى (ج٥/ص٤٢٠). و مغني المحتاج (ج٣/ص٣١١).
3 - في (أ) تخلل.
4 - الزيادة من (ب).
5 - الزيادة من (ب).
6 - الزيادة من (أ).
7 - في (أ) و.
8 - الأزهار للإمام أحمد بن يحيى المرتضى (ج ١ / ص ٧٢).
9 -نهاية ورقة ٩٠ من النسخة (ب) .
10 - التقرير شرح التحرير(خ) .
11- هو الإمام المهدي أحمد بن يحيى بن المرتضى ،من أئمة الزيدية باليمن، ولد بمدينة ذمار يوم الاثنين لعله سابع شهر رجب سنة ٧٧٥ هـ تبحر في العلوم وصنف، وفاق غيره من أبناء زمانه ، من مصنفاته الشهيرة الأزهار وشرحه الغيث المدرار في أربعة مجلدات، والبحر الزخار في مجلدين، ولما اشتهرت فضائله وكثرت مناقبه بايعه الناس عند موت الإمام الناصر في شهر شوال سنة ٧٩٣ بمدينة صنعاء، توفي رحمه الله تعالى في شهر القعدة سنة ٨٤٠ أربعين وثمان مائة بالطاعون الكبير الذي مات منه أكثر الأعيان، وقبره بظفير حجه مشهور مزور. ينظر البدر الطالع (ج١/ص١٢٢).

(فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ) [١] أي مستقبلات لعدتهن.

وقال ك وابن أبي الفوارس:[٢] طلاق العدة هو أن يطلقها [ثلاثاً] [٣]على الصفة التي ذكرنا[٤]، وأما طلاق السنة فهو أن يتركها بعد التطليقة الأولى و[٥]الثانية حتى تنقضي عدتها ثم يتزوجها ثم يطلق مشروط بأن لا يقع من الزوج في ذلك الطهر الذي طلقها فيه وطئٌ، وسواء تقدم أو تأخر، والمتأخر مأخوذ من عموم لفظ أو قياس على المتقدم، هكذا في الغيث[٦] والله أعلم.

قوله عليلم: " **ويقع البدعي، ويأثم غالباً** "قد عرف بما تقدم ذكره من شروط الطلاق السني أن ما اختل فيه أحدها فهو بدعي، فلذلك استغنى عن قوله في الأزهار "وَبِدْعِيُّهُ مَا خَالَفَهُ "[٧] ، والمذهب أن الطلاق البدعي يقع مع إثم فاعله، أما الإثم فلا يحفظ فيه خلاف، وأما الوقوع فذلك هو المذهب، وهو قول أكثر العلماء [٨].

وعن الناصر، والصادق، والباقر، والإمامية أنه غير واقع لقوله تعالى**(**يا أيها النبي إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاء فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ واحصوا العِدة**)**[٩] .

قالوا: فمن طلق طلاق البدعة فقد فعل خلاف ما أمر الله به فلا يقع[١٠].

ورُدّ بأن مقتضى الآية الكريمة الأمر بإيقاع الطلاق للسنة، ولا شك أن ذلك واجب لأجل الأمر، ولا يعرض في الآية لكونه واقعاً أو غير واقعٍ، وقد دل حديث ابن عمر ونحوه على أنه واقع مع الإثم، وفي ذلك جمع بين مقتضى الآية والاخبار فاعتمدناه.

وما رووه عن النبي صلى الله عليه وآله وعن علي عليلم من أنه غير واقع فهي روايات ضعيفة لم تثبت، فلا تقوى على معارضة حديث ابن[/١١] عمر لوروده في الصحاح، وسأذكر هاهنا بعض رواياته، ففي بعضها عن ابن عمر أنه طلق امرأته وهي حائض فذكر

---

1 - الطلاق:١.

2 - هو الإمام الحافظ المحقق الرحال أبو الفتح محمد بن أحمد بن محمد بن فارس بن أبي الفوارس سهل البغدادي ،ولد سنة ثمان وثلاثين وثلاث مئة ، ارتحل إلى البصرة وبلاد فارس وخراسان وجمع وصنف وانتخب عليه المشائخ، وكان مشهورا بالحفظ والصلاح والمعرفة ،توفي في ذي القعدة سنة اثنتي عشرة وأربع مئة. (سير أعلام النبلاء ج١٧/ص٢٢٣) .

3 - الزيادة من (ب).

4 - المدونة الكبرى (ج٥/ص٤١٩).

5 - في (ب) "و".

6 - الغيث المدرار ج٢(خ) .

7 - الأزهار - (١ / ٧٢).

8 - الغيث المدرار ج٢(خ) و بداية المجتهد ونهاية المقتصد(١٢٥/٣).

9 - الطلاق:١.

10 -شرح الأزهار(ج ٢ / ص ٣٩٠) و شرائع الإسلام في مسائل الحلال (ج ٤ / ص ٤٤).

11 - نهاية ورقة ٨٥ من (أ) .

ذلك عمر لرسول الله صلى الله عليه وآله فتغيظ رسول الله صلى الله عليه وآله ثم قال ليراجعها ثم يمسكها حتى تطهر ثم تحيض فتطهر فإن بدا له أن يطلقها فليطلقها [قبل أن يمسها فتلك العدة كما أمر الله [عز وجل]"[١] [٢].

وفي رواية أن رسول الله صلى الله عليه وآله قال:" مره فليراجعها حتى تحيض حيضة مستقبلةً سوى حيضتها التي طلقها فيها فإن بدا له أن يطلقها فليطلقها] [٣] طاهراً من حيضتها قبل أن يمسها قال والطلاق للعدة كما أمر الله تعالى وكان عبدالله طلقها تطليقة فحسبت من طلاقها وراجعها عبدالله كما أمر رسول الله صلى الله عليه وآله [٤]،وفي رواية أن ابن عمر طلق امرأته وهي حائض فذكر ذلك عمر للنبي صلى الله عليه وآله [وسلم][٥] فقال مره فليراجعها ثم ليطلقها طاهراً أو حاملاً[٦] "، وفي رواية أنه قيل لنافع ما صنعت التطليقة قال واحدة اعتد بها[٧].

هذه من روايات الصحيحين ولهما ولغيرهما روايات أخر تتضمن نحو معنى هذه، وفيها دلالة على وقوع الطلاق مع الإثم لتغيظ النبي صلى الله عليه وآله[٨] من ذلك وإنما تغيظ من منكر، ولأمره صلى الله عليه وآله بمراجعتها ولو كان طلاقه غير واقع لم يحتج إلى المراجعة، ولا إلى الإمساك المترتب على المراجعة، وإنما كان المناسب أن يقول ذلك الطلاق ليس بواقع[٩] فليطلقها في طهرٍ مستقبل قبل أن يمسها أو نحو ذلك ، وقد روي عن ابن عباس وغيره من الصحابة تأثيم من طلق امرأته ثلاثاً من دون تخلل رجعة مع بينونتها بذلك[١٠] وإنما يكون ذلك عن توقيفٍ والله أعــلم.

---

1 - وفي (أ) الله تعالى.

2- أخرجه البخاري في صحيحه -باب تفسير سُورَةُ الطَّلَاقِ- رقم ٤٦٢٥ (ج٤/ص١٨٦٤).

3 - سقط من (ج).

4- الجمع بين الصحيحين البخاري ومسلم، لمحمد بن فتوح الحميدي،- باب المتفق عليه من مسند عبد الله بن عمر، رقم ١٢٨٢- دار ابن حزم - لبنان/ بيروت - ١٤٢٣هــ - ٢٠٠٢م، ط٢، تحقيق: د. علي حسين البواب (ج٢/ص١٧٧) وهو في صحيح مسلم -كتاب الطلاق- باب تحريم طلاق الحائض بغير رضاها- رقم ١٤٧١ بلفظ " أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بن عُمَرَ قال طَلَّقْتُ امْرَأَتِي وهى حَائِضٌ فذكر ذلك عُمَرُ لِلنَّبِيِّ r فَتَغَيَّظَ رسول اللَّهِ r ثُمَّ قال مُرْهُ فَلْيُرَاجِعْهَا حتى تَحِيضَ حَيْضَةً أُخْرَى مُسْتَقْبَلَةً سِوَى حَيْضَتِهَا التي طَلَّقَهَا فيها فَإِنْ بَدَا له أَنْ يُطَلِّقَهَا فَلْيُطَلِّقْهَا طَاهِرًا من حَيْضَتِهَا قبل أَنْ يَمَسَّهَا فَذَلِكَ الطَّلَاقُ لِلْعِدَّةِ كما أَمَرَ الله وكان عبد اللَّهِ طَلَّقَهَا تَطْلِيقَةً وَاحِدَةً فَحُسِبَتْ من طَلَاقِهَا وَرَاجَعَهَا عبد اللَّهِ كما أَمَرَهُ رسول اللَّهِ r (ج٢/ص١٠٩٥).

5 - سقط من (ج).

6 - أخرجه مسلم في صحيحه - كتاب الطلاق- باب تحريم طلاق الحائض بغير رضاها - رقم ١٤٧١ (ج٢/ص١٠٩٥).

7 -المرجع السابق - كتاب الطلاق- باب تحريم طلاق الحائض بغير رضاها - رقم ٣٦٣٩ (٣٠٥/١٠).

8 - في (ج) صللم.

9 - في (أ) واقع .

10 -ينظر سنن أبي داود- باب نَسْخِ الْمُرَاجَعَةِ بَعْدَ التَّطْلِيقَاتِ الثَّلَاثِ - رقم ٢١٩٧(ج٢/ص٢٦٠).و صححه الألباني ينظر (صحيح أبي داود ٤٠١/٦).

وقوله: "غالباً" وهو من الزوايد احتراز[١] من أن يكون الطلاق مشروطاً فيحصل الشرط وهي على حال يكون الطلاق فيها بدعياً، فإنه يقع ولا إثم.

وكذا طلاق الغائب حيث طلق زوجته ظاناً كونها في الطهر وهي حائض، فإن الطلاق يقع ولا يأثم، لأن القول بالتأثم في هاتين الصورتين ونحوهما يستلزم عدم جواز الطلاق المشروط، وطلاق الغائب إذ لا يؤمن فيهما[٢] الوقوع في المحظور وهو الطلاق البدعي فيكون الإقدام عليه محظوراً، ولا قائل بالتأثم في الصورتين وإن قيل بأن الطلاق فيهما يكون بدعياً كما ذكره في الإرشاد وشرحه في المعلق والله أعلم[٣].

قوله عليلم: " **ونفي النقيض**[٤] **إثبات لنقيضه وإن نفاه** "فإذا قال لامرأته أنت طالق لا لسنة ولا لبدعة طلقت للبدعة، لأن قوله لا لسنة بمنزلة أنت طالق للبدعة ولو نفاه من بعد بقوله ولا لبدعة فلا تأثير لنفيه، لأنه بمنزلة استثناء الكل فبطل وبقي الكلام الأول.

فعلى هذا لو قال ذلك وهي في طهر لم يطأها فيه لم تطلق حتى تحيض، أو يطأها كما لو قال أنت طالق للبدعة وهي في طهر كذلك .

قيل وهذا حيث لم يكن بينهما واسطة لا سنة ولا بدعة كالحامل[٥]والآيسة[٦]فيقع الطلاق حالاً، وكذا لو قال أنت طالق لا ليلاً ولا نهاراً فتطلق نهاراً ، أو قال لا قائمة[٧] ولا قاعدة فتطلق قاعدة ونحو ذلك، والعكس في العكس من[٨] الصورة [٩] المذكورة جميعها [١٠] .

فـــــــــرعٌ: ومن قال أنت طالق للسنة وقع في الحال إن كانت على شروط السنة[١١] وإلا فمتى صارت عليها.

وإن قال أنت طالق أحسن الطلاق فهو كقوله للسنة ومن قال أنت طالق للبدعة وقع في الحال إن كانت على غير شروط السنة وإلا فمتى صارت كذلك[١٢].

---

1 - في (أ) واحترز .
2 - في (أ) منها .
3 - الارشاد (١٤١)و فتح الجواد بشرح الارشاد (١٣٧/٢) .
4 - في (أ) "النقيضين" وفي المتن كما هو مثبت ينظر (متن الأثمار صـــ٤٥)(خ).
5 - هذا بناء على أن السنة ما كملت به شروط في الحديث الوارد والبدعي خلافه لا أن السني ما لم يقع فإنه كذلك لا واسطة معه والله أعلم تمت هـــ. تعليق في الحاشية من (ب).
6 - في (ب،ج) زيادة (يعني)بعد الايسة.
7 - في (أ، ب)" قايمة ".
8 - في (أ) في.
9 - في (أ) الصور.
10 - في (أ) جميعا.
11 - في (أ) الشروط السنية.
12 - في (أ) عليها.

ومن [قال][1] أقبح الطلاق فكقوله للبدعة، وإن قال طلقة حسنة، أو قبيحة أو سنية، أو بدعية لغَا الوصف[2] ووقعت طلقة في الحال، لأنه لم يشرط ولا وقّتَ ولا عرَّف فيكون كالمشروط.

ذكر معنى ذلك جميعه في الغيث وغيره والله أعلم [3].

ويستحب لمن طلق طلاقاً بدعياً أن يراجع ثم يطلق للسنة إن شاء لحديث ابن عمر، هذا مذهبنا، وهو قول ح وش [4].

و قال ك: تجب المراجعة لظاهر الأمر في خبر ابن عمر فإن امتنع من ذلك أجبره الحاكم[5].

قلنا: لا كابتداء النكاح والقياس قرينة كون الأمر للندب.

قال في الغيث:" وإذا قال أنت طالق ثلاثاً بعضها للسنة وبعضها [للبدعة] [6] وقعت عليها واحدة في الحال مطلقاً على أصلنا انتهى [7].

وقال في البحر: له نيته في تقدير البعض، وحيث لا نية يجب التصنيف، فتقع طلقة ونصف للبدعة لكن يتمم اثْنَتَيْنِ[8] ولا تقع للسنة إذ وقوعه كالمشروط بالتنصيف مع الإطلاق كلو صرح به، الْمُزَنِيّ [9] بل تقع واحدة في الحال، لنا ما مر انتهى[10].

قولـــه عليلم: " **ورجعيّه ما وقع بعد وَطْءٍ عَلَى غَيْرِ مَالٍ، ولَيْسَ ثَالِثًا** "فهذه شروط ثلاثة للطلاق الرجعي:

---

1 - سقط من (ب).

2 - وفي البحر أن الطلاق يتقيد بالوصف ورجحه وهو أصل لقواعد العربية إن الوصف قيد إلا أن يجري عرف بذلك والله أعلم هـــ تعليق من (ب) في الحاشية. البحر الزخار (٧ / ١٤٨).

3 - الغيث المدرار ج٢(خ) .

4 -ينظر شرح فتح القدير (ج٣/ص٤٨١). والسراج الوهاج (ج١/ص٤٢٠). وأسنى المطالب في شرح روض الطالب (ج٣/ص٢٦٩) .

5 - الثمر الداني في تقريب المعاني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني، لصالح عبد السميع الآبي الأزهري، -المكتبة الثقافية – بيروت(ج١/ص٤٦٧).

6 - سقط من (ب).

7 - الغيث المدرار ج٢(خ).

8 -في جميع النسخ اثنتان وفي البحر" اثتنين"والصحيح ما أثبته . البحر الزخار(ج٧/١٤٩).

9 -هو الإمام العلامة فقيه الملة، علم الزهاد أبو إبراهيم إسماعيل ابن يحيى بن إسماعيل المزني المصري تلميذ الشافعي وأكبر أصحابه، مولده سنة خمس وسبعين ومائة، ،حدث عن الشافعي وحدث عنه بن خزيمة والطحاوي، وخلق كثير،مات بمصر في سنة أربع وستين ومائتين (سير أعلام النبلاء ج١٢/ص٤٩٢).

10 - البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار (ج ٧ / ص ١٤٩) .

أولها: أن يقع بعد وطء فلو طلقها قبل أن يطأها كان الطلاق بايناً ولو كان قد خلا بها فإن الخلوة لا تثمر الرجعة عندنا .

وقال ص بالله: بل تثمرها وتكون[١]رجعةً[٢] أيضاً.

قلنا: وكذا الاستمتاع في غير الفرج لا يثمر الرجعة كما تفيده العبارة .

فأما المستأصل حيث استمتع حتى انزل، فقال في الغيث: إن فعله ذلك يثمر الرجعة إذ لا يمكن منه أكثر من ذلك [٣].

الشرط[٤/] الثاني: أن يطلقها على غير عوض هو مال، فأما إذا طلقها على مالٍ كان الطلاق بايناً، وإن طلقها على عوض غير مالٍ كدخول الدار كان الطلاق رجعياً.

الشرط الثالث: أن لا يكون [ذلك] [٥] الطلاق طلاقاً ثالثاً، فأما حيث كان قد طلقها طلقتين تخللت بينهما رجعة فإن الثالثة تكون طلاقاً باينا سواءً كانت على عوض أم لا، فمتى اجتمعت هذه الثلاثة الشروط كان الطلاق رجعياً ،فإن اختل أحدها كان باينا واسقط قوله في الأزهار "وَبَائِنُهُ مَا خَالَفَهُ"[٦] لظهوره وأفادت[٧] العبارة إياه .

قوله عليلم: " **وَمَشْرُوطُهُ يَتَرَتَّبُ عَلَى الشَّرْطِ** " أسقط قوله في الأزهار:" ومُطْلَقُهُ يَقَعُ فِي الْحَالِ"[٨] لظهوره وعدم الحاجة إلى ذكره والمراد بالمطلق ما ليس بمشروط، ومثال المشروط أن يقول إن دخلت الدار فأنت طالق، فتطلق متى دخلت الدار، لا إن لم تدخل، وكذا إذا قال إذا جاء غد فأنت طالق فلا تطلق حتى يجيء غد، وهكذا كل مشروط بوقت أو غيره فلا يقع حتى يحصل الشرط وأسقط قوله في الأزهار نَفْيًا أَوْ إِثْبَاتًا"[٩]" للعلم به ودخوله تحت عموم الشرط هـ.

فالإثبات كما تقدم والنفي [نحو] [١٠] متى لم تدخلي الدار، فأنت طالق

---

1 - في (أ) فتكون.
2 - في (أ) رجعياً.
3 - الغيث المدرار ج٢(خ).
4 -نهاية ورقة ٩١ من النسخة (ب) .
5 - الزيادة من (ب).
6 -ينظر الأزهار (ج ١ / ص ٧٢) .
7 -في (أ،ب،ج) أفادة .
8 -ينظر الأزهار (ج ١ / ص ٧٢) .
9 -الأزهار - (١ / ٧٢).
10 - الزيادة من (ب).

فإن[1] لم تدخل الدار بعد هذا اللفظ طلقت، وإن دخلت لم تطلق، وكذا لو علق الشرط بغيرها، نحو إن لم يدخل زيد أو إن دخل ونحو ذلك .

قوله عليلم: " **وَلَوْ مُسْتَحِيلًا أَوْ مَشِيئَةِ اللَّهِ تعالى** " أي ولو كان ذلك الشرط الذي علق به الطلاق مستحيلاً فإن الطلاق يترتب عليه نحو أن يقول: إن طلعت السماء فأنت طالق فإنها لا تطلق لعدم[2] حصول الشرط، فإن قال متى لم تطلعي السماء طلقت عقيب اللفظ لحصول الشرط، وهو عدم الطلوع هذا هو المذهب، وقيل يلغو الشرط المستحيل ويقع الطلاق حالاً، وعن الناصر والإمامية لا يصح الطلاق المشروط مطلقاً إلا في بيعة الإمام[3]، وعن ك أن الطلاق المشروط بما يعلم حصوله كطلوع الشمس يقع في الحال[4].

وقوله أو مشيئة الله تعالى [معناه أن الطلاق المشروط يترتب على حصول الشرط ولو كان الشرط مشيئة الله [تعالى][5]] [6]نحو أن يقول أنت طالق إن شاء الله [تعالى][7] فإنها لا تطلق إلا أن يشاء الله طلاقها، وذلك حيث لا يكون الزوج ممسكاً لها بالمعروف[ذكره الهادي عليلم.

وفي هذه المسألة ثلاثة أقوال: الأول للهادي، وهو ما ذكرناه آنفاً وهو أنها تطلق حيث لا يكون ممسكاً لها بالمعروف] [8] لأن الله[تعالى][9]لا يشاء طلاقها إذ لا يشاء إلا ما لفعله مزية على تركه ويعتبر بما يشاء الله تعالى في المجلس من الطلاق وعدمه.

القول الثاني ح ش [10]:ويحكى عن زيد بن[11] علي عليلم أنه إذا علق بمشيئة الله [تعالى][12]لم تطلق مطلقاً، لأن لفظ إن شاء الله[تعالى][13] موضوع لقطع الكلام عن النفوذ هـ[14].

---

1 - في (أ) فإذا.
2 - نهاية ورقة ٨٦ من (أ) .
3 -البحر الزخار (ج ٧ / ص ٣٥١) .
4- ينظر مواهب الجليل لشرح مختصر خليل(٣٤٩/٥).
5 - الزيادة من (أ).
6 - سقط من (ب).
7 - الزيادة من (أ،ب).
8 - الزيادة من (أ).
9 - الزيادة من (أ،ب).
10 -ينظر الفتاوى الهندية (ج١/ص٤٥٥). والإقناع للماوردي (ج١/ص١٤٩).
11 - في (أ) ابن.
12 - الزيادة من (ب).
13 - الزيادة من (أ).
14 -ينظر شرح الأزهار (ج ٢ / ص ٣٩٤).

القول الثالث: للمؤيد[بالله][1] أن الطلاق يقع بذلك مطلقاً، لأن معنى قوله إن شاء الله[تعالى][2] إن بقاني الله وقتاً أقدر على طلاقك فيه، فلو مات قبل أن يمضي وقت يمكن أن يطلق فيه لم تطلق هـ[3].

قوله عليلم: " **وآلَاتُهُ : إنْ، ونحو إِذَا، مَتَى، وكُلَّمَا** " هَذِهِ أُمَّهَاتُ كلمات الشَّرْطِ وأراد بنحو إذا إذاما وبنحو متى متى ما[4] وبنحو كلما مهما[5] وكلمات الشرط كثيرة معروفة وذكر أمهاتها يغني عن ذكر ما يتفرع عنها .

وقوله عليلم: " **ولَا يَقْتَضِي التَّكْرَارَ إلَّا كُلَّمَا** " أي لا شيء من كلمات الشرط تقتضي تكرار ما علقت به، فلو قال لامرأته إن دخلت الدار فأنت طالق فدخلت طلقت ثُم إذا راجعها فدخلت مرةً أخرى لم تطلق، وكذا الكلام في إذا وسائر[6] كلمات الشرط إذ لم توضع إلا للمرة الواحدة إلا كلمة كلما، فإنها تقتضي التكرار، فلو قال لزوجته كلما دخلت الدار فأنت طالق فدخلتها طلقت، ثم إذا راجعها فدخلت مرةً أخرى طلقت طلقة ثانية، ثم إذا راجعها مرةً ثانية فدخلت طلقت طلقة ثالثة بلا خلاف .

وينحل الشرط بالطلقة الثالثة فلو تزوجها[7] بعد زوج ثم دخلت تلك الدار لم تطلق، لأن الشرط ينهدم مع التثليث بالزوج الثاني كما سيأتي .

قوله عليلم: " **قيل: وَمَتَى غَالِبًا**" أي قال م بالله ومتى يقتضي التكرار مثل كلما إلا أن في ذلك ضعفاً على مقتضى العربية لأن متى معناها الوقت فلا وجه لاقتضائها التكرار.

وقوله: "غالباً" احتراز من بعض صور متى لأن[8] م بالله يوافق في عدم اقتضائها التكرار[9] وذلك في التمليك حيث يقول الرجل لامرأته طلقي نفسك متى شئت، أو يقول لغيره طلق امرأتي متى شئت فإنها [هاهنا][10] لا تفيد التكرار فإذا طلقت نفسها أو طلقها ذلك الغير مرة لم يكن لأيهما أن يطلقها بعد ذلك مرة أخرى[11].

---

1 - الزيادة من (أ).
2 - الزيادة من (أ).
3 -ينظر شرح الأزهار (ج ٢ / ص ٣٩٤).
4 - في (ب)كتبت متاما .
5 - في (ب)كتبت مهمى .
6 - في (أ،ب)ساير وكذلك في البقية.
7 - في (أ)تزوج .
8 - في (ب)كتبت متاما وفي (ج) فإن .
9 - في (أ)للتكرار .
10 - الزيادة من (ب).وفي (ج) هنا .
11 -ينظر شرح الأزهار (ج ٢ / ص ٣٩٥).

وهذا بخلاف ما إذا قال الزوج لوكيله طلقها متى شاءت أو متى شئت[1] فإن م بالله نص على أن له أن يطلقها مراراً في هذه الصورة والفرق عنده بينها وبين الصورة الأولى أن هذه الصورة توكيل[2][وهو يفيد تكرار الوقت قبل دخول متى فلما دخلت أفادت العموم في الأفعال لئلا يخلو دخولها عن فائـــــدةٌ] [3]بخلاف الصورة الأولى فإنها تمليك، والتمليك ليس لصاحبه إلا المجلس فقط وفعل واحدة[4] فقط، هكذا في الغيث [5].

قال عليلم: "والصحيح عندي أن متى لا تفيد التكرار في حال من الأحوال وإنما هي ظرف زمان بمنزلة حين" وهو الذي يقتضيه أصول علم العربية ونحوه عن المؤلف عليلم ولذلك أشار إلى ضعف قول م بالله هذا بما هي عادته [6].

قوله عليلم: " **ولا الفور غالباً إلا نحو متى مع لم وكلما مع لم وإن في التمليك** " أي ولا شيء من آلات الشرط يقتضي الفور بل جميعها للتراخي، فإذا قال متى دخلت الدار فأنت طالق طلقت متى دخلت، ولو تراخت زماناً طويلاً، وهكذا في إن وإذا وغيرهما .

وقوله "غالباً" أي في غالب الأحوال وقد يكون للفور نادراً وذلك في الشرط المستحيل المنفي نحو إن لم تطلعي السماء فأنت طالق، فإنها تطلق في الحال .

وكذلك إذا لم ومتى لم وكلما لم وهذا من الزوايد، أعني ذكر التسوية بين كلمات الشرط في اقتضائها الفور إذا علقت بالشرط المستحيل نفياً [وإثباتاً][7].

وأما في غير المستحيل فذلك في ثلاث صور لا غير:

الأولى: نحو متى مع لم نحو أن يقول متى لم تدخلي الدار فأنت طالق فإنها تطلق إن لم تدخل [الدار] [8] على الفور فإذا مضى وقت يمكنها فيه الدخول ولم تدخل طلقت .

الصورة الثانية : نحو كلما [لم] [9] نحو أن يقول كلما لم تدخلي الدار فأنت طالق، فإنها تطلق إن لم تدخل على الفور فإن راجعها طلقت بعد المراجعة إن لم تدخل على الفور ثم كذلك إن لم تدخل بعد المراجعة الثانية .

---

1 - زيادة كلمة "يملكه" من (ج).
2 - لما لم يعلق بمشيئة الوكيل فأما ما علق بمشيئة الوكيل فهو تمليك ذكر ذلك في البستان تمت.تعليق في الحاشية من (ب).
3 -سقط من (ب) واستدركت في الحاشية .
4 -في (ب)واحد .
5 - الغيث المدرار ج٢(خ).
6 -ينظر شرح الأزهار (ج ٢ / ص ٣٩٥).
7 - الزيادة من (ب).
8 - سقط من (ج).
9 - الزيادة من (ب).

وهذا بخلاف إن لم وإذا لم، فإذا قال إن لم تدخلي الدار، أو[١] إذا لم تدخلي الدار فأنت طالق، فإنهما للتراخي فلا تطلق إلى الموت .

هذا الصحيح من المذهب، ولأبي طالب قول في إنْ لم أنها للفور، كمتى لم، ويلزم مثله في إذا لم، إن لم يكن له نية فإن كانت له نية لوقت معين كان ذلك على حسب نيته [٢].

وعن أبي يوسف[٣] ومحمد: إن إذا لم للفور مثل[/٤] متى لم [٥]قيل وصححه الإمام ح والصحيح الأول لأنّ إذا ليست كمتى في الوقتيه لأن العرب قد أجرتها مجرى إن في الأغلب غير ناظرين[٦] فيها إلى معنى الوقت هـــ.

الصورة الثالثة: صورة إن في التمليك نحو أن يقول طلقي نفسك إن شئت فإنها إذا لم تطلق نفسها في المجلس لم يكن لها أن تطلق من بعد، لأن التمليك مع إن يقتضي المجلس فقط، وكذا لو قال أنت طالق إن شئت [فإنه يعتبر][٧] مشيئتها في المجلس بخلاف ما لو قال طلقي نفسك إذا شئت أو متى شئت فإن لها أن تطلق نفسها في المجلس وبعده، لأن إذا ومتى لا يقتضيان الفور وسيأتي توجيه ذلك إن شاء الله تعالى، قيل وإذا ذكر العوض مع أي كلمات الشرط كانت للفور نحو أن يقول أنت طالق على ألف إن دخلت الدار، وذلك لأنه طلقها بعقد وشرط في نفوذ العقد دخول الدار فلم ينفذ العقد بمجرد القبول فيحتاج العقد في نفوذه إلى فعل الشرط في المجلس لأنه جارٍ مجرى القبول فتوقف نفوذ العقد على الدخول فكان الشرط للفور ذكر معنى ذلك في الغيث [٨].

قوله عليلم: " **وَمَتَى تَعَدَّدَ لَا بِعَطْفٍ فَالْحُكْمُ لِلْأَوَّلِ إن تقدم الجزاء** "أي ومتى تكرر الشرط من دون حرف عطف، نحو أن يقول إن أكلت إن شربت إن ركبت فإنها تطلق بحصول الشرط المنطوق[/٩] به أولاً، وهو الأكل في هذه الصورة ونحو ذلك، وإن تأخر

---

1 - في (أ) و .

2 - الغيث المدرار ج٢(خ).

3 - في (ج) رمز له بـــ ف وكذا في البقية فلا داعي للتكرار. و أبو يوسف هو القاضي الإمام المجتهد العلامة المحدث، قاضي القضاة، أبو يوسف، يعقوب بن إبراهيم الأنصاري الكوفي، تفقه على يد أبي حنيفة وغيره حتى أصبح مجتهدا مطلقا، كان صاحب ملكة كاملة في الفقه والنباهة وفرط البصر، كانت له النهاية في العلم والحكم والرياسة.ولد سنة ١١٣ وتوفي ببغداد سنة ١٨٢. سير أعلام النبلاء(ج ٨ / ص ٥٣٥) .

4 -نهاية ورقة ٩٢ من النسخة (ب) .

5 - المبسوط للسرخسي (ج٦/ص١١٢).

6 - في (ب) "كتبت ناضرين".

7 - في (ب، ج) " فإنها تعتبر".

8 - الغيث المدرار ج٢(خ) .

9 - نهاية ورقة ٨٧ من (أ) .

حصوله عن حصول سائر الشروط التي نطق بها فلا تأثير لتأخر حصوله، وإنما يكون كذلك حيث تقدم ذكر الجزاء على ذكر الشروط وصورة ذلك أن يقول أنت طالق إن أكلت إن شربت إن ركبت فإنها تطلق بحصول الشرط المنطوق به أولاً وهو الأكل فمتى أكلت طلقت ولا تطلق إن شربت أو ركبت، لأن الحكم للشرط المنطوق به أولاً حيث يتقدم الجزاء وهو قوله أنت طالق وإنما جعل الحكم للشرط الأول دون الثاني والثالث لأنهما غير معطوفين على الأول فلم يشاركاه في تعليق الطلاق وإنما المشروط [به] [1] هو الأول وحده والثاني كلفظ مبتدأ وكذلك الثالث فلا حكم لهما .

قوله عليلم: "**فَإِنْ تَأَخَّرَ أَوْ عُطِفَ الْمُتَعَدِّدُ بِأَوْ أَوْ بِالْوَاوِ مَعَ إِنْ فَلِوَاحِدٍ وَيَنْحَلُّ** " [أي][2]وإن تأخر الجزاء وصورته أن يقول إن أكلت، إن شربت، إن ركبت، فأنت طالق، أو عطف المتعدد بأو [و] [3]سواء[4] تقدم الجزاء أم تأخر وصورة ذلك: أن يقول إن أكلت، أو شربت، أو ركبت، أو عطف المتعدد بالواو مع إن وسواء تقدم الجزاء أم تأخر أيضاً.

وصورة ذلك: أن يقول إن أكلت، وإن شربت، وإن ركبت، ففي هذه الثلاث الصور، يكون الحكم لواحد من الشروط المذكورة، فمتى فعلت أيها، وسواء كان متقدماً في اللفظ أم متأخراً أنحل الشرط وطلقت، فإن راجعها ثم فعلت أي الآخرين لم تطلق، لأن الشرط قد انحل بفعل الأول، هذا حاصل المذهب، ووجه الفرق بين هذه الصورة وبين الصورة الأولى التي جعل الحكم فيها للأول من الشروط، حيث تعدد الشرط بلا عطف، وتقدم الجزاء ، إن الجزاء إذا تقدم لم يتقيد إلا بما يليه من الشروط، ولا تعلق له بما بعده منها لعدم العاطف.

وفي الصورة الثانية: لما تأخر الجزاء وتقدمت الشروط عاد إليها أجمع، إذ لا اختصاص له ببعضها دون بعض، وأما في صورة العطف بأو فذلك ظاهر ولا خلاف فيه، لأن أو للتخيير، وأما في صورة العطف بالواو مع إن فذكرها م بالله مذهباً وتخريجاً وجعلها كصورة حذف الواو عنده.

قيل س: "وفي الزوايد أنها لا تطلق إلا بالجميع، وعن ش تطلق بواحد ولا ينحل الشرط" [5].

قال[1] في الغيث:" تنبيـــــهٌ: اعــلم أن مسألة تعدد الشرط من غير عطف يسميها

---

1 - **الزيادة من (ب) .**

2 - **الزيادة من (ب) .**

3 - **الزيادة من (ب) .**

4 - **في (ب) سوى وكذا في بقية النسخة ولا داعي للتكرار.**

5 - **المهذب (ج٢/ص٩٨).**

أصحاب ش[٢] إقحام الشرط على الشرط[٣] وتحقيق الخلاف فيها على اطلاقات وتفصيل الإطلاق الأول ما ذكره الشيخ عطية[٤] لابن أبي الفوارس أنه يقول تطلق بالأول سواء تقدم الجزاء أم تأخر .

الثاني: ما ذكره م بالله أنها تطلق بواحد منها سواء تقدم الجزاء أم تأخر الإطلاق. الثالث لأصحاب ش: أنها لا تطلق إلا بحصول مجموع الشروط[٥] لكن اختلفوا فالأكثر قالوا على عكس ترتيب اللفظ فهو نظير قوله تعالى: **(**وَلاَ يَنفَعُكُمْ نُصْحِي إِنْ أَرَدتُّ أَنْ أَنصَحَ لَكُمْ إِن كَانَ اللّهُ يُرِيدُ أَن يُغْوِيَكُمْ **)** [٦] فعلى هذا لا تطلق إلا بأن يفعل الآخر أولاً ثم الذي يليه ثم الأول.

وقال القفال: تطلق بفعل الجميع على ترتيب اللفظ،[٧] وقال الجويني: بفعل الجميع مطلقاً هكذا حكى[٨] الفقيه ي [٩].

وأما التفصيل هو الذي ذكره الفقيه ح وغيره للمذهب واخترناه في الأزهار وهو أنه إن تقدم الجزاء طلقت بالأول فقط وإن تأخر فبآخرها انتهى [١٠].

[قوله عليلم] [١١]:"**ووحدها لمَجْمُوعه** " يعني وأما إذا عطف الشرط المتعدد بالواو فقط فإن الحكم يكون لمجموع الشروط[١٢] فلا يقع الطلاق إلا بحصولها جميعاً وصورة ذلك أن يقول إن أكلت وشربت وركبت فأنت طالق فإنها لا تطلق إلا بفعل جميعها إجماعاً وسواء تقدم الجزاء أم تأخر .

تنبيـــــهٌ: فلو عطف بالفاء اعتبر التعقيب والترتيب وإن عطف ثم اعتبر الترتيب مع التراخي وإن عطف ببل طلقت بأي واحد فعلت والأقرب أن الشرط لا ينحل، ذكر معنى ذلك جميعه في الغيث والله أعلم هــ[١٣] .

---

1 - في (ج) "و" مكان "قال".

2 - في (ج) رمز له بــ أصحبش وكذا في البقية .

3 - روضة الطالبين (ج٨/ص١٧٧) .

4 - هو عطية بن محمد بن أحمد النجراني، المداني، الحارثي، ولد سنة ثلاث وستمائة بعد وفاة والده بستة أشهر. إمام ، فقيه، مفسر، له كتاب (البيان في التفسير) وغيره ، توفي لسبع خلون من شهر جمادى الآخرة سنة خمس وستين وستمائة، عن أحدى وستين سنة، وقبره [غربي صعدة تجاه المنصورة مشهور مزور] (طبقات الزيدية الكبرى س٣ (ج ٢ / ص ٩٨).

5 - روضة الطالبين (ج٨/ص١٧٧).

6 - هود: ٣٤.

7 - روضة الطالبين (ج٨/ص١٧٧).

8 - في (أ) حكا.

9 - ينظر روضة الطالبين (ج٨/ص١٧٧)و البحر الزخار (ج ١١ / ص ٤٨٠).

10 -الغيث المدرار ج٢(خ) .

11 - الزيادة من (ب) وفي (ج) أيده الله تعالى .

12 - في (أ) الشرط.

13 - الغيث المدرار ج٢(خ).

"فَصْـــــــلٌ"

"**وما علق بالوطء وقع بِالْتِقَاءِ الْخِتَانَيْنِ والزائد رجعة**" أي و ما علق من الطلاق بالوطء نحو أن يقول لزوجته إن وطئتك فأنت طالق، ثم وطئها فإنها تطلق بالتقاء الختانين، ذكره الفقيه س [1].

وإذا طلقت بالتقاء الختانين ثم زاد على ذلك في الإيلاج ولو يسيراً كان ذلك الزايد رجعة، حيث كان هذا الطلاق رجعياً ليس بخلع ولا ثالثة، ولولم يكن دخل بها قبل ذلك لأنها تصير مدخولة بالتقاء الختانين فيكون الطلاق رجعياً، فإذا زاد في الإيلاج على التقاء الختانين كان ذلك رجعة لأن الرجعة بالوطء تصح عندنا .

فأما لو قال إن وطئتك فأنت طالق قبله بساعة فإن الزيادة[2] على التقاء الختانين لا تكون رجعة في التي لم يكن دخل بها من قبل، فإن كان ذلك الطلاق بايناً لم تكن الزيادة على التقاء الختانين رجعة، [فإن فعل ذلك فالأقرب أنه يحد مع العلم لا مع الجهل ذكر معنى ذلك في الغيث [3].

وإنما عدل المؤلف عن قوله في الأزهار "والتَّتِمَّةُ رَجْعَةٌ"[4]][5] لأنها توهم أن الرجعة لا تحصل إلا بتمام إيلاج الذكر جميعه وليس كذلك بل الزيادة تكون رجعة، وإن قلت كما تقدم.

وحذف أيضاً قوله "فِي الرَّجْعِيِّ"[6] للعلم بأن الرجعة إنما تكون في الرجعي كما سيأتي.

وكذلك قوله في أول الفصل، ويصح التعليق بالنكاح والطلاق[/7] إلى آخره[8] لعدم الحاجة إلى ذكره وإنما ذكر هذه الأشياء التي ذكرها لأن لها أحكاماً تحتاج إلى البيان هـــ.

ومن أمثلة التعليق بالنكاح أن يقول لزوجته إن تزوجتك فأنت طالق، ثم يطلقها ثم يتزوجها فإنها تطلق، وكذا لو قال كل زوجة لي أتزوجها فهي طالق، ثم يطلق زوجاته ثم

---

1 - التذكرة الفاخرة في فقه العترة الطاهرة لحسن بمن محمد النحوي المتوفى سنة ٧٩١هـ ط١ / مركز التراث والبحوث اليمني – تحقيق حميد جابر عبيد (ص٢٨٢).
2 - في (أ) الزائد.
3 - الغيث المدرار ج٢(خ).
4 - الأزهار (ج ١ / ص ٧٣).
5 - سقط من (أ). وينظر الأزهار (ج ١ / ص ٧٣) .
6 - الأزهار (ج ١ / ص ٧٣) .
7 -نهاية ورقة ٩٣ من النسخة (ب) .
8 - في (أ) إلى آخر ما ذكر، وفي (ج) الخ.

يتزوجهن فإنهن يطلقن، ولو قال كلما تزوجت زوجة لي فهي طالق فإنها تطلق كلما تزوجها ونحو ذلك هـــ.

ومن أمثلة التعليق بالطلاق أن يقول [١]: إن طلقت فلانة فأنت يا فلانة طالق، فأما لو قال إن طلقتك فأنت طالق فإن هذا لا يصح إلا على القول بأن الطلاق يتبع الطلاق، فلو قال إن طلقت فلانة الأجنبية، فأنت يا فلانة طالق، ثم تزوج الأجنبية ثم طلقها فالأقرب صحة هذا التعليق، فتطلق زوجته الأولى بطلاق الآخرة ونحو ذلك.

قوله عليلم: " **وبِالْوِلَادَةِ بِوَضْعِ مُتَخَلِّقٍ** "أي ويصح تعليق[٢][الطلاق] [٣]بالولادة فيقع الطلاق بوضع ولد متخلق، أي قد تبين فيه أثر الخلقة، فلو لم يتبين فيه [أثر الخلقة][٤] لم تطلق، لأن وضع غير المتخلق لا يسمى ولادة لغة ولا عرفاً، فلو كان في بطنها توأمان طلقت في هذه الصورة بوضع الأول منهما لأنه ولادة .

قوله عليلم: "**لَا بوَضْعَ**[٥] **الْحَمْلِ فَبِمَجْمُوعِهِ** " أي لا إذا علق الطلاق بوضع الحمل[٦/] نحو أن يقول إن وضعت حملك فأنت طالق فلا تطلق في هذه الصورة إلا بوضع جميع الحمل، ولا تطلق بوضع أحد توأمين في هذه الصورة، وكذا لو قال إن وضعت ما في بطنك، فإن قال كلما ولدت فأنت طالق وكان في بطنها توأمان، فإنها تطلق طلقة بخروج الأول منهما، ثم إذا راجعها فولدت الآخر طلقت طلقة ثانية، فإن قال لزوجاته الأربع من ولدت منكن فصواحبها طوالق، طلقن واحدةً واحدةً بولادة واحِدة، أوكلهن مجتمعات أو مفترقات، على أصل الهادوية، إلا أن تتخلل رجعة ويلدن غير مجتمعات، وأما عند من قال الطلاق يتبع الطلاق، فإنهن إذا ولدن جميعاً أو ثلاث ثم واحدة طلقن ثلاثاً ثلاثاً، فإن ولدن جميعاً مرتباً واحدة بعد واحدة طلقت الأولى والرابعة ثلاثاً ثلاثاً ،والاخرتان اثنتين اثنتين[٧] [وقس على ذلك][٨] .

1 - في (أ) كررت مرتين.
2 - في (أ) التعليق.
3 - سقط من (أ) .
4 - الزيادة من (ب) .
5 - في (أ) لا وضع.وفي المتن ما أثبت . ينظر (الأثمار صـــ٤٦)(خ).
6 - نهاية ورقة ٨٨ من (أ) .
7 - [صوابه والثانية واحدة والثالثة اثنتان وقد شكل المص~(المصنف) على هذا المكان ولعل الذي في المتن لسهو القلم هــ](تعليق في الحاشية من (ب، ج).
8 - الزيادة من (ب،ج).

قوله عليلم:" **وبِالْحَيْضِ [فَيَقَعُ]** [١] **بِرُؤْيَةِ الدَّمِ إنْ تَمَّ** " أي ويصح تعليق الطلاق بالحيض، نحو أن يقول إن حضت فأنت طالق، فإنها تطلق برؤية الدم إن تم ذلك الدم حيضاً، وذلك حيث تراه في وقت إمكانه، ويستمر ثلاثاً فصاعداً إلى العشر فإن[٢] جاوز العشر فالحكم ما تقدم في باب الحيض، فحيث يكون استحاضة كله لا تطلق، وحيث يكون أوله حيضاً تطلق، و[٣]لا يجوز للزوج النظر إليها من حين ترى الدم، ولو جوز أنه[٤] غير حيض، لأنّ الظاهر أنه حيض فيعمل بمقتضى الظاهر حتى ينكشف خلافه، فإن قال لزوجتيه إن حضتما فأنتما طالقان فقالتا حضنا، فصدق إحداهما وكذب الأخرى، فإنها تطلق المكذبه، ووجه ذلك أن المكذبة تصدق في حق نفسها ولو كذبها، ولا تصدق في حق صاحبتها، فإذا صدقت في حق نفسها ،وقد صادق الزوج صاحبتها فقد حصل شرط طلاقها وهو حيضهما كلتيهما[٥]،[لأنه صدق صاحبتها وهي تصدق في حق نفسها][٦] فأما المصدقة فلم يحصل[٧] شرط طلاقها، لأنها ولو صدقت في حق نفسها، فالزوج لها مكذب لصاحبتها، وهي لا تصدق في حق غيرها فلم يكمل الشرط، وقس على ذلك.

وحذف المؤلف [عليلم] [٨] قوله في الأزهار "وبِالْحَبَلِ قِيلَ فَيَكُفُّ بَعْدَ الْإِنْزَال حَتَّى تَبِينَ "[٩] لضعف إطلاق وجوب الكف عقيب الإنزال، إذ لا تسمى المرأة حبلى[إلا بعد أن[١٠]][١١] يتبين حملها، فالصحيح عدم وجوب الكف، وعدم وقوع الطلاق حتى يتبين الحمل[١٢] بأماراته المعروفة والله أعلم .

قلت: ومسائل الطلاق المشروط وما يلحق به كثيرة، وأكثرها نادر الوقوع وقد ذكر العلماء منها ما هو معروف، فالأولى عدم التطويل بذكرها والله الموفق هـــ.

---

1 - زيادة من النسخ ولا توجد في متن الأثمار صــ٤٦(خ).
2 - في(أ) فإذا.
3 - في(أ) إذ.
4 - في(أ) بأنه.
5 - في(أ) جميعاً.
6 - الزيادة من(أ) .
7 - في(أ) يكمل.
8 - الزيادة من (أ).
9 - ينظر الأزهار (ج ١ / ص ٧٣) .
10 - في (ب)حتى.
11 - الزيادة من (أ)وفي (ج) حتى.
12 - في (ب، ج)الحبل.

"فَصْـــــــــلٌ"

"**ولا حكم لتعليق بمكان بل بزمان** "أي لا تأثير لتعليق الطلاق بالأمكنة، فلو قال أنت طالق في الدار طلقت في الحال، وإن لم تكن في الدار.

هذا حاصل ما نقل عن المؤلف عليلم وهو من زوايده.

وقوله "بل بزمان" معناه بل لتعليق الطلاق بالزمان حكمٌ وتأثير.

والزمان ينقسم إلى: مبهم كحين ووقت، وإلى معين محدود، كشهر ويوم، واليوم والشهر ونحوهما، وقد تبين ذلك بقوله" **فمبهم كحين بلحظة** "يعني فحيث علق الطلاق بزمان مبهم كحين ووقت ونحوهما، نحو أن يقول أنت طالق بعد حين أو إلى حين، أو بعد وقتٍ أو دهر أو عصر أو حقب أو نحوها، فإن الطلاق يقع عليها بمضي لحظة من الزمان، وهذا اختيار من المؤلف عليلم لما صححه جده الإمام المهدي [عليلم][1] وقد ذكره بعض الشافعية لأنه قيد الطلاق بمعنى حين، والحين يطلق على اللحظة فصاعداً، فإذا مضت لحظة، فقد مضى حين فتطلق لأن الحين ونحوه جنس يطلق على القليل والكثير، كالماء والسمن والعسل ونحوها.

وحذف قوله في الأزهار"قِيلَ وَقَعَ بِالْمَوْتِ "[2] لضعفه كما قال في الغيث[3] و[4]كلام أصحابنا في هذه المسألة [فيه] [5] غاية الضعف والركة والمخالفة لمقتضى اللغة العربية إلى آخر ما ذكره عليلم وهو في غاية الوضوح والله أعلم .

قوله عليلم " **وبأول معين** "يعني وإذا علق الطلاق بوقت معين فإنه يقع بأول ذلك المعين، نحو أنت طالق إذا جاء غد، فإنها تطلق بأول غد، وإن قال أنت طالق بعد شهر، طلقت بأول الشهر الثاني ونحو ذلك، وإن قال أنت طالق في غد فإن كانت له نية[من نصفه أو ثلثه أو نحو ذلك فله نيته فيصدق ظاهراً وباطناً وإن لم تكن له نية][6]طلقت بطلوع الفجر،كما في قوله إذا جاء غد ونحو ذلك.

---

1 - **الزيادة من (ج) .**
2 - **ينظر الأزهار (ج ١ / ص ٧٤) .**
3 - **الغيث المدرار ج٢(خ) .**
4 - **في (أ) وفي .**
5 - **سقط من (أ).**
6 - **سقط من (ج).**

قوله عليلم: " **وأول الأول إن تعدد** "يعني وإذا علق الطلاق بوقتين معينين فإنه يقع بأول الأول منهما، كأن يقول[١] أنت طالق اليوم غداً، فتطلق أول اليوم، فإن قال غداً اليوم طلقت بأول غدٍ ونحو ذلك، ولا حكم لِذكر الثاني لأن الطلاق يتعلق[٢] بالطرف الأول فيلغى[٣] الثاني.

قال في الغيث: "وهذا [حيث] [٤] قصد النطق بالطرفين أما لو سبقه لسانه إلى الأول على جهة الغلط ومراده التعليق بالثاني فقط لم تطلق إلا بأول الثاني لأنه لا حكم لسبق اللسان [٥].

قوله عليلم: " **ولو بعطف غالباً** "أي ولو وقع التعدد بعطفٍ بأي حروف العطف نحو أنت طالق اليوم وغداً أو[٦] أنت طالق اليوم[/٧] أو غداً أو[٨] فغداً أو[٩] ثم غداً أو بل غداً فإنها تطلق بأول الأول في هذه الصور جميعها، وقوله غالباً احتراز من أن يقول غداً و[١٠]اليوم [أو يقول غداً أو اليوم] [١١] فإنها تطلق بأول الآخر [وهو اليوم] [١٢]ونحو ذلك .

قال في شرح الأثمار:"وإنما عدل المؤلف عليلم عن قوله في الأزهار"وأَوَّلِ [الأول][١٣] إنْ تَعَدَّدَ كَالْيَوْمِ غَدًا وَلَوْ بِتَخَيُّرٍ أَوْ جَمْعٍ غَالِبًا"[١٤] لأن ظاهر[١٥] الاستثناء من قوله "أو جمع فقط" لاسيما في عبارة الغيث، لأنه فسر الاستثناء بغالباً بصورة واحدة وهي قوله أنت طالق غداً واليوم فإنها تطلق اليوم ولم يذكر قول الرجل لزوجته أنت طالق غداً أو[١٦] اليوم، وأيضاً فإنه أخرج[١٧] بالاستثناء صورة وبقي في المستثنى منه صورة، وليس هذا معنى غالباً.

---

1 - في (ج) (كأن يقول أنت طالق إذا جاء غد فإنها تطلق بأول غد فإن قال غداً اليوم .....) وظاهر العبارة التي في المتن هي الأولى.
2 - في (أ)معلق.
3 - في (أ) فيعلق وفي (ج) فيلغو.
4 - الزيادة من (ب).
5 - الغيث المدرار ج٢(خ).
6 - في (أ) و.
7 -نهاية ورقة ٩٤ من النسخة (ب) .
8 - في (أ) و.
9 - في (أ) و.
10 - في (أ) أو.
11 - الزيادة من (ب).
12 - الزيادة من (ب).
13 - الزيادة من المخطوط.
14 - الأزهار (ج ١ / ص ٧٤).
15 - في (ب) ظاهره أن.
16 - في (أ) و.
17 - في (أ) خرَّج.

ولأن عبارة الأثمار تعم جميع حروف العطف العشرة واختلافها إذ لا وجه للاقتصار على بعضها فعرفت صحة عبارة الأثمار وشمولها لجميع الصور على الوجه المطلوب مع اختصار في اللفظ وبسطٍ في المعنى لأنه قد دخل في عبارته [عليلم] [(١)]أربع وعشرون مسألة فتأمل هــ.

قوله عليلم:" **ويَوْمَ يَقْدَمُ ونَحْوُه**[٢/] **لِوَقْتِه عُرْفَاً** "فمن قال لزوجته أنت طالق يوم يقدم زيد أو يوم أدخل الدار أو نحو ذلك، فإنها تطلق حال القدوم أو الدخول و[(٣)]نحوهما سواء وقعا ليلاً أو نهاراً لأن معنى يوم يقدم في العرف وقت يقدم فإن قصد النهار فله نيته هذا هو المذهب [(٤)]، وقال ش: لا تطلق إذا قدم ليلاً[(٥)] .

لنا قوله تعالى**(**وَالسَّلَامُ عَلَيَّ يَوْمَ وُلِدتُّ وَيَوْمَ أَمُوتُ وَيَوْمَ أُبْعَثُ حَيّاً**)**[(٦)]هكذا في الغيث[(٧)].

قوله عليلم: " **وأَوَّلَ آخِرَ الْيَوْمِ وعَكْسَهُ لِنِصْفِه** "فإذا قال أنت طالق أول آخر هذا اليوم أو آخر أول هذا اليوم فإنها تطلق عند[(٨)] انتصاف النهار في الصورتين ذكره ع وط تخريجاً للقاسم عليه السلام [(٩)] هذا مذهبنا.

وعن ش أول آخره قبيل غروب الشمس وآخر أوله بعيد طلوع الفجر والله أعلم [(١٠)].

قوله عليلم: " **ونحو أَمْسِ لَا يَقَعُ** "فإذا قال أنت طالق أمس لم يقع الطلاق لأنه علقه بمستحيل، وقال ح وش وأبوجعفر [(١١)] إذا كانت في حباله بالأمس طلقت في الحال[(١٢)] وأراد بنحو أمس العام الماضي، أو الشهر أو الأسبوع أو نحو ذلك، وكذا لو قال أنت طالق إذا أبرأ تيني من مهرك، وقد كانت أبرأته منه ونحو ذلك فإنه لا يقع الطلاق عند م بالله لأنه علقه بمستحيل فهو كما لو علقه بأمس ونحوه، وقال ط: يلغو و[(١٣)]

---

1 - الزيادة من (ب) وفي (ج) أيده الله .
2 - نهاية ورقة ٨٩ من (أ) .
3 - في(أ) أو.
4 - شرح الأزهار - (٢ / ٤٠٣).
5 - الوسيط (ج٥/ص٤٤٧).
6 - مريم٣٣.
7 - الغيث المدرار ج٢(خ).
8 - في(أ) عقيب .
9 - في (ج) عليلم.
10 - ينظر المهذب (ج٢/ص٩٤). و أسنى المطالب في شرح روض الطالب (ج٣/ص٣٠٣) .
11 - المقصود به الباقر وقد تقدمت ترجمته .
12- ينظر الهداية للمرغيناني- دار الكتب العلمية –بيروت :لبنان ط١٤١٠/١هــ١٩٩٠م(٢٥٦/١). و روضة الطالبين (١١٠/٦). وشرح الأزهار (ج ٢ / ص ٤٠٥) .
13 -في (أ) أو .

يقع الطلاق [(١)]هـ[(٢)].

قوله عليلم: " **وإِذَا مَضَى يَوْمٌ ففي النَّهَارِ لِمَجِيءِ مِثْلِ وَقْتِهِ وفِي اللَّيْلِ لِغُرُوبِ شَمْسِ تَالِيه** " يعني إذا قال لامرأته إذا مضى يوم فأنت طالق، فإن قال هذا القول في النهار طلقت لمثل مجيء ذلك الوقت الذي قاله فيه من النهار الثاني، فإذا قال ذلك وقت العصر مثلاً طلقت وقت العصر من اليوم الثاني وعلى هذا فقس، وإن قال [ذلك][(٣)] في الليل طلقت لغروب[(٤)] شمس اليوم [الثاني][(٥)] الذي يلي هذا الليل والوجه واضح .

قوله عليلم: " **والْقَمَرَ لِرَابِعِ الشَّهْرِ إلى سَبْعٍ وَعِشْرِينَ** "فإذا قال الرجل لامرأته أنت طالق إذا رأيت القمر، فإنها لا تطلق إذا رأت الهلال أول ليلة من الشهر، أو الثانية أو الثالثة لأنه لا يسمى قمراً إلا من ليلة الرابع إلى [ليلة][(٦)] السابع والعشرين، فإن رأته في أي هذه الليالي طلقت، وإن رأته ليلة الثامن أو التاسع والعشرين ،لم تطلق أيضاً إذ لا يسمى قمراً فيهما.

قوله عليلم " **والْبَدْرَ لِرَابِعَ عَشَرَ** " أي والبدر اسم للقمر ليلة رابع عشر فقط، فإذا قال أنت طالق إذا رأيت البدر لم تطلق إلا إذا رأته ليلة رابع عشر، إذ لا يسمى بدراً إلا تلك الليلة.

قوله عليه السلام [(٧)]:" **والْعِيدِ ورَبِيعٍ وَجُمَادَى وَمَوْتِ زَيْدٍ وَعَمْرٍو لِأَوَّلِ الْأَوَّلِ** " فإذا قال أنت طالق يوم العيد ولم تكن له نية طلقت بمجيء أول العيدين، الفطر أو الأضحى، فإن قال ذلك بعد عيد الفطر طلقت بالأضحى، وهكذا إذا قال أنت طالق في ربيع فإنها تطلق بربيع[(٨)] الأول إذا قال ذلك في صفر أو قبله، وإن قال ذلك في أحد الربيعين طلقت في الحال، وهكذا إذا قال جمادي وهكذا لو قال أنت طالق يوم موت زيد وعمروٍ، فإنها تطلق بموت أولهما موتاً، لأنه وقت الطلاق بحصول وقت موتهما، وقد حصل أوله بموت الأول

1 - البيان الشافي المنتزع من البرهان الكافي للقاضي العلامة عماد الدين يحيى بن أحمد بن مظفر -مجلس القضاء الأعلى - مكتبة غمضان -صنعاء -ط١/ ١٤٠٤هـ -١٩٨٤م(٢٣٣/٢).

2 - قلت: والله أعلم أن الطلاق في الزمن الماضي لا يقع، لأن الطلاق لابد أن يرتبط وقوعه بوقت، والطلاق في الماضي قد انقضى وقته، فلم يبق منه ما يكون وقتا لوقوع الطلاق.

3 - سقط من (أ).

4 - في (ج) بغروب.

5 - الزيادة من (أ).

6 - الزيادة من (ج).

7 - في (أ) عليلم .

8 - في (ب) ربيع بدون ب.

بخلاف ما لو جعل موتهما شرطاً، نحو أن يقول إذا مات زيدٌ وعمروٌ فإنها لا تطلق إلا بموتهما كليهما.

قوله عليلم:" **وقَبْلَ كَذَا لِلْحَالِ [غالباً]** [١]"فإذا قال أنت طالق قبل موتي أو قبل قدوم زيد أو نحو ذلك طلقت في الحال، وكذا لو قال قبل رمضان ذكره أصحابنا[٢]، واحترز بقوله "غالباً" من المحال نحو أنت طالق قبل أن تطلعي السماء فإنها لا تطلق إذ لا قبل لذلك، ومن غير المقطوع بحصوله إذا لم يحصل كأن يقول قبل قدوم زيد، ولم يقدم بل مات ونحوهما، وقال أبو حامد الجاجرمي[٣] أما إذا قال قبل رمضان لم تطلق في الحال بخلاف قبل موتي[٤].

قال في الغيث:" وكلامه قوي من جهة العرف لا من جهة الوضع وهذا حيث لا نية له فإن نوى شيئاً فله نيته" [٥].

قوله عليلم: " **وبِشَهْرٍ لِقَبْلِهِ بِهِ** "فإذا قال أنت طالق قبل موتي بشهر، فإنه ينكشف بموته أنها طلقت قبله بشهر، فإن مات قبل مضي شهر، لم تطلق ذكره في الوافي[٦] لأنه بمنزلة أنت طالق أمس وتكون أحكام الزوجية باقية حتى يقع الموت، فينكشف أن الطلاق وقع قبله بشهر.

وحذف المؤلف [عليلم] [٧]قوله في الأزهار "وقَبْلَ كَذَا وَكَذَا بِشَهْرٍ لِقَبْلِ آخرِهِمَا بِهِ"[٨] لأنه إن[٩]اتفق موتهما فظاهر وإن اختلف وقت موتهما فذكر الفقيه ح: أنها تطلق قبل موت الآخر منهما بشهر، وقواه الإمام المهدي عليلم ولذلك بنى عليه في الأزهار.

وقيل [ل][١٠]:لا يقع الطلاق حيث اختلف وقت موتهما لاستحالة الشرط، لأنه [إن[١١] كان قبل موت الأول بشهر كان قبل موت الثاني بأكثر من شهر و][١٢]

---

1 - الزيادة من (ب) كما هي في الأثمار صـ٤٧)(خ).

2 - ينظر شرح الأزهار - (ج ٢ / ص ٤٠٧).

3 - هو معين الدين الجاجرمي الشافعي محمد بن إبراهيم بن أبي الفضل أبو حامد ، كان إماما مفتيا مصنفا مشهورا صنف في الفقه الكفاية وإيضاح الوجيز، اشتغل الناس عليه وانتفعوا به وبكتبه من بعده، توفي بكرة الجمعة حادي عشر شهر رجب سنة ثلاث عشرة وستمائة بنيسابور، وجاجرم بجيمين بلدة بين نيسابور. الوافي بالوفيات (ج٢/ص٩).

4- ينظر المهذب(٣٤٢/٤) وروضة الطالبين(١٠٧/٦) وحاشية الرملي (ج٣/ص٣٠١) .

5 - الغيث المدرار ج٢(خ).

6 - الوافي في مذهب الهادي يحيى بن الحسين للشيخ علي بن بلال (مخطوط).

7 - الزيادة من (أ).

8 - الأزهار (ج ١ / ص ٧٤).

9 - في (أ) إذا.

10 - الزيادة من (ب). واللام رمز للفقيه محمد بن سليمان وقد سبقت ترجمته.

11 - في (ج) إذا.

12 - سقط من (ب).

إن[١] كان قبل الثاني بشهر كان قبل الأول بدون شهرٍ، أو بعد موته وهو معلق بقبل بموتهما كليهما بشهر، ولم يترجح للمؤلف عليلم كما ذكره الإمام المهدي [عليلم][٢] .

فائـــــدةٌ: اعلم أن من علق الطلاق بقبل أمرٍ، فإنها تطلق في الحال عند أهل المذهب،[٣] لأنه أول الظرف الممتد إلا أن ينوي قبيل أو يلفظ بذلك لم تطلق إلا قبل ذلك الأمر بيسير، فإذا قال قبل بعد رمضان أو نحو ذلك طلقت في الحال إلا أن يكون له نية عملت نيته، وإن قال بعد قبل رمضان طلقت أول رمضان فإن قال قبل ما بعد قبل رمضان، قال أصحابنا: طلقت في شعبان.

قال في الغيث: "هذا ضعيف بل القياس أن تطلق في الحال، إلا أن يقول قبيل أو ينوي شعبان فإن قال قبل ما بعد قبله رمضان" [٤/].

قال: فهذه وردت من مصر من جملة مسائل إلى صنعاء في بيتين من الشعر، قال واضطرب الأصحاب في الجواب فقائل قال في شعبان وقائلٌ[في] [٥] شوال وكل واحد من هذين الجوابين لا يصح على المذهب إن لم يكن للقائل نية لأن قبل كذا للحال عندنا مطلقاً وإنما الإشكال على قول أص[٦] ش انتهى [٧].

يعني لقولهم أنها[٨] لا تطلق في الحال كما حكاه عن أبي حامد فيما تقدم .

قلت: وفي شرح لامية العجم[٩] ما لفظه ومما يكاد يلحق[١٠] بكلام الصوفية[١١] وليس منه ما ذكره

---

1 - في (ب) إذا.
2 - الزيادة من (ب، ج).
3 - شرح الأزهار - (ج ٢ / ص ٤٠٧) .
4 -نهاية ورقة ٩٥ من النسخة (ب) .
5 - الزيادة من (أ).
6- في (ب)"أصحاب" وكذا في بقية النسخة غالباً.
7- الغيث المدرار ج٢(خ).
8 - في (ب) بأنها.
9 - شرح لامية العجم(مخطوطة) لتقي الدين أبي بكر بن عبد الله المعروف بابن حجة الحموي المتوفى سنة ٨٣٧هـــ و لامية العجم" "في الأدب" "لأبي إسماعيل الحسيني الأصبهاني" "الطغرائي"المتوفى سنة ٥١ هـــ.
10 - في (ج) يلتحق.
11 - الصوفية: هي حركة دينية انتشرت في العالم الإسلامي في القرن الثالث الهجري كنزعاتٍ فردية تدعو إلى الزهد وشدة العبادة كرد فعل مضاد للانغماس في الترف الحضاري. ثم تطورت تلك النزعات بعد ذلك حتى صارت طرق مميزة معروفة باسم الصوفية، ويتوخّى المتصوفة تربية النفس والسمو بها بغية الوصول إلى معرفة الله تعالى بالكشف والمشاهدة لا عن طريق إتباع الوسائل الشرعية، ولذا جنحوا في المسار حتى تداخلت طريقتهم مع الفلسفات الوثنية الهندية والفارسية واليونانية المختلفة. ويلاحظ أن هناك فروقاً جوهرية بين مفهومي الزهد والتصوف أهمها: أن الزهد مأمور به، والتصوف جنوح عن طريق الحق الذي اختطَّه أهل السنة والجماعة.. (الموسوعة الميسرة في الأديان والمذاهب والأحزاب المعاصرة .(٤٥ / ١).

الشيخ شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي[1] رحمه الله [تعالى] [2]في أنوار البروق، قال أَنْشَدَ بَعْضُ الْفُضَلَاءِ:

مَا يَقُولُ الْفَقِيهُ أَيَّدَهُ اللَّهُ وَلَا زَالَ عنده الاحْسَانٌ [3]

فَتًى عَلَّقَ الطَّلَاقَ شهراً [4]فِي قَبْلَ مَا بعد [5]قَبْلِهِ رَمَضَانُ [شعبان] [6]

ثم أنه بعد ذلك ذكر قريباً من كراسة من كلام شيخه جمال الدين بن[7] الحاجب[8] رحمه الله [تعالى] [9]ومن كلام نفسه، وقال: إن[10] البيت الثاني ينشد على ثمانية أوجهٍ بالتقديم والتأخير والتغيير[11/]، مع استعمال اللفظ في الحقائق دون المجاز، وصححه الوزن، وكل بيت يشتمل على مسألة من الفقه و[12] التعاليق الشرعية والألفاظ اللغوية، وتلك المسألة تشتمل على سبعمائة وعشرين مسألة من المسائل الفقهية والتعاليق اللغوية، بشرط التزام المجاز في الألفاظ وإطراح الحقائق وعدم الوزن، ثم ذكر من كلام ابن الحاجب أن البيت الثاني ينشد على ثمانية أوجهٍ لأن ما بعد قبل الأول قد يكون قبلين، وقد يكون بعدين، وقد يكونان مختلفين، فهذه أربعة أوجهٍ كلٌ منها قد يكون قبله قبلٌ، وقد يكون قبله بعدٌ، فصارت ثمانية أوجهٍ.

---

1 - هو شهاب الدين أبو العباس أحمد بن أبي العلاء إدريس بن عبد الرحمن المصري الإمام العلامة وحيد دهره وفريد عصره أحد الأعلام المشهورين والأئمة المذكورين انتهت إليه رئاسة الفقه على مذهب الإمام مالك رحمه الله تعالى وتوفى رحمه الله بدير الطين في جمادى الأخيرة عام أربعة وثمانين وستمائة ودفن بالقرافة (الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، لإبراهيم بن علي بن محمد اليعمري المالكي، دار الكتب العلمية – بيروت (ج١/ص٦٢).

2 - الزيادة من (ب).

3 - في أنوار البروق "إحسان" .

4 - في أنوار البروق " بِشَهْرٍ ".

5 - في أنوار البروق " مَا قَبْلَ ".

6 - الزيادة من (أ)وفي في أنوار البروق بدون .

7 - في(أ،ب) "ابن".

8 - هو عثمان بن عمر بن أبي بكر بن يونس الإمام العلامة المفتي المحقق جمال الدين أبو عمرو ابن الحاجب ،المقرئ النحوي الأصولي الفقيه المالكي صاحب التصانيف المنقحة ، كان من أذكياء العالم ،مفتي مناظر مبرز في عدة علوم متبحر مع ثقة ودين وورع وتواضع واحتمال وإطراح للتكلف، ولد سنة سبعين أو إحدى وسبعين وخمس مائة وتوفي سنة ست وأربعين وست مائة . ينظر الوافي بالوفيات (ج١٩/ص٣٢١).

9 - الزيادة من (ب).

10 - في (أ) إما.

11 - نهاية ورقة ٩٠ من (أ) .

12 - في (ب،ج) في بدل و.

وذكر قاعدة يبنى عليها تفسير الجميع وهي أنه[1] كل ما كان قبل وبعد فألغهما، لأن كل شهر حاصل بعد ما هو قبله وقبل ما هو بعده، فلا يبقى بعده حينئذ إلا رمضان فيكون شعبان أو قبله رمضان فيكون [شوالاً فلم يبق إلا ما جميعه قبل أو جميعه بعد ، والأول هو الشهر الرابع من رمضان وهو ذو الحجة ، والثاني هو الرابع ولكن] [2][على] [3]العكس وذلك جمادي الآخره انتهى[4] ما لخصته من أنوار البروق.

قلتُ: وقد أطال الكلام في تقسيم ذلك وتقريره فإذا نظر الواقف عليه في ذلك تشعب ذهنه من كثرة التقسيم وتردده[5]، وقد وضعت أنا في ذلك مشجراً لأن الأشياء إذا أبرزت[6] إلى الخارج زادت وضوحاً وزال غموضها، وصورة ذلك على ما تراه[7] في هذه الشجرة فتدبره مع مراعاة القاعدة التي ذكرها الشيخ [جمال الدين] [8] ابن الحاجب يظهر لك صحة ذلك [إن شاء الله تعالى] [9] [هـــ] [10].

مَا يَقُولُ الْفَقِيهُ أَيَّدَهُ اللَّهُ   وَلَا زَالَ عِنْدَهُ الاحْسَانُ [11] هـــ

---

1 - في (أ) أن.

2 - سقط من (أ) .

3 - الزيادة من (ج).

4 - ينظر أنوار البروق في أنواء الفروق لِلْعَلَّامَةِ شِهَابِ الدِّينِ أَبِي الْعَبَّاسِ أَحْمَدَ بْنِ إدْرِيسَ الصِّنْهَاجِيِّ الْمَشْهُورِ بِالْقَرَافِيِّ. ولفظ القاعدة " أَنَّ كُلَّ مَا اجْتَمَعَ فِيهِ قَبْلُ وَبَعْدُ فَأَلْغِهِمَا لِأَنَّ كُلَّ شَهْرٍ حَاصِلٌ بَعْدَ مَا هُوَ قَبْلَهُ وَحَاصِلٌ قَبْلُ مَا هُوَ بَعْدَهُ فَلَا يَبْقَى حِينَئِذٍ إلَّا بَعْدَهُ رَمَضَانُ فَيَكُونُ شَعْبَانَ أَوْ قَبْلَهُ رَمَضَانُ فَيَكُونُ شَوَّالًا فَلَمْ يَبْقَ إلَّا مَا جَمِيعُهُ قَبْلُ أَوْ جَمِيعُهُ بَعْدُ فَالْأَوَّلُ هُوَ الشَّهْرُ الرَّابِعُ مِنْ رَمَضَانَ لِأَنَّ مَعْنَى مَا قَبْلَ قَبْلِهِ رَمَضَانُ شَهْرٌ تَقَدَّمَ رَمَضَانَ قَبْلَ شَهْرَيْنِ قَبْلَهُ وَذَلِكَ ذُو الْحِجَّةِ وَالثَّانِي هُوَ الرَّابِعُ أَيْضًا وَلَكِنْ عَلَى الْعَكْسِ لِأَنَّ مَعْنَى بَعْدَ مَا بَعْدَ بَعْدِهِ رَمَضَانُ شَهْرٌ تَأَخَّرَ رَمَضَانُ بَعْدَ شَهْرَيْنِ بَعْدَهُ وَذَلِكَ جُمَادَى الْأَخِيرَةُ "(ج ١ / ص ٢٤٠) .

5 - في (أ) وتردد .

6 - في (أ) برزت .

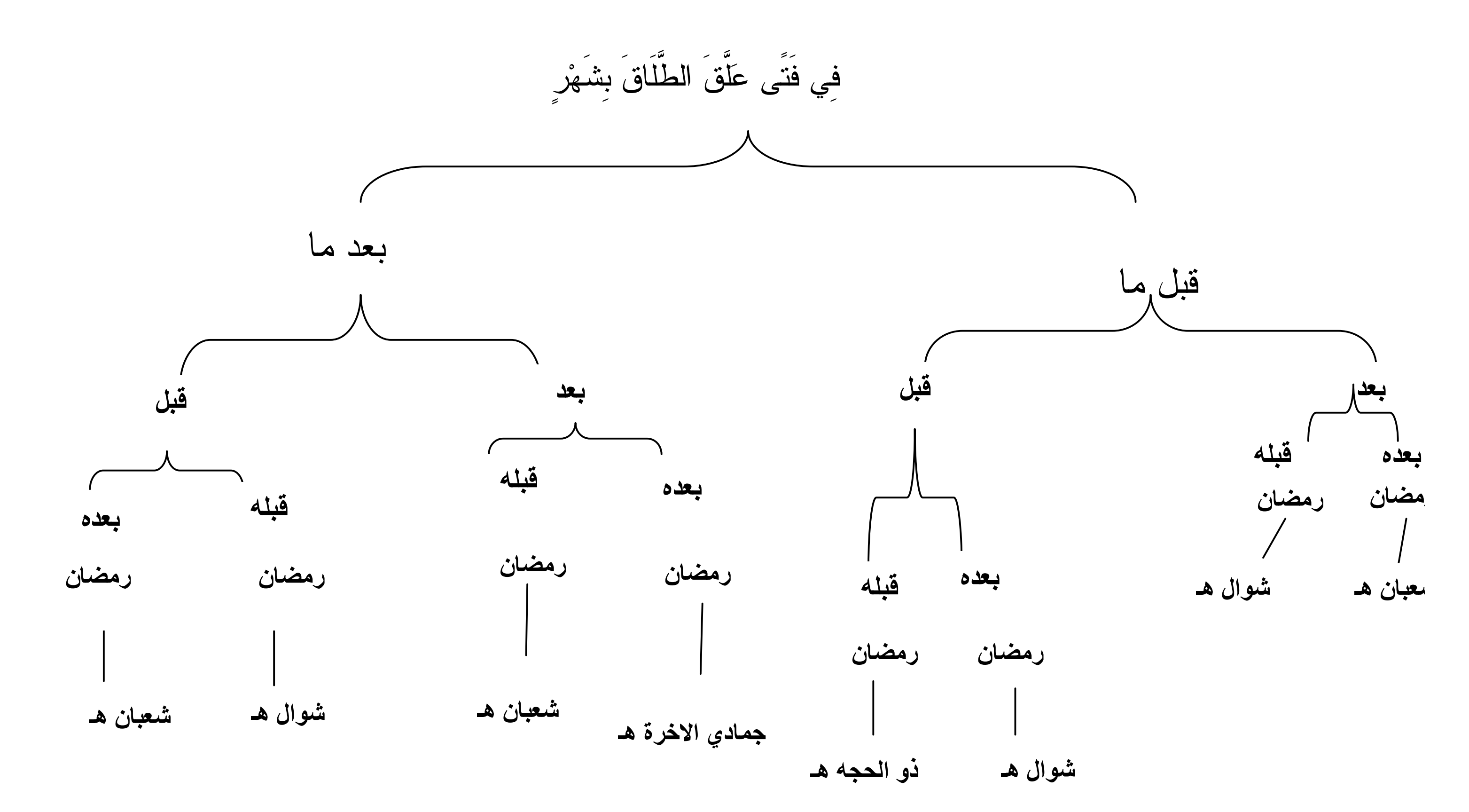
7 - في (أ) يرى .

8 - الزيادة من (ب) .

9 - الزيادة من (أ) .

10 - الزيادة من (ب) . لقد عمل المصنف رسماً بيانياً أو مشجراً للبيتين، إلا أنه يصعب رسمه بنظام الطباعة فعملت رسماً بيانياً متوافقاً مع نظام الطباعة كافياً بالغرض فتأمله.

11 - في أنوار البروق "إحسان" .



قوله عليلم: " **وَلَا يَصِحُّ التَّحْبِيسُ وَهُوَ مَتَى وَقَعَ عَلَيْك طَلَاقِي فَأَنْتِ طَالِقٌ قَبْلَهُ ثَلَاثًا** " ولا يحتاج [إلى] (١) أن يقول ثلاثاً عند الهادوية لأن الطلاق عندهم لا يتبع الطلاق (٢)، وأما على قول أهل الثلاث فيحتاج إلى أن يقول فأنت طالق قبله ثلاثاً وإلا وقع الناجز والمعلق.

ومعنى التحبيس: أن الرجل إذا أراد أن لا يقع على زوجته طلاق لا ناجز ولا مشروط فإنه يقول لها ذلك أو نحوه، فلا تطلق من بعد، لأنه إذا أوقع(٣) عليها طلاقاً ناجزاً انكشف أنها كانت قد طلقت قبله إما ثلاثاً عند المثلثين(٤) حيث شرطها، أو واحدة عند الهادوية مطلقاً فلا يقع وإذا لم يقع الناجز لم يقع المشروط فيتمانع [الشرط] (٥) الناجز(٦) والمشروط فلا يقع أيهما .

قال في البحر:" والتحبيس و الدَّوْر(٧) والتنافي بمعنى [واحد](١) وصوره(٢) عامة وخاصة، فالعامة كلما وقع عليك طلاقي، فأنت طالق قبله ثلاثاً، [ونحوه والخاصة إذا طلقتك

1 - الزيادة من (ب) .
2 - شرح الأزهار (ج ٢ / ص ٤٠٩).
3 - في (ب)وقع .
4 - في(أ) المثلث.
5 - الزيادة من (ج) .
6 - في(أ) الشرط مكان الناجز.
7 - وَهُوَ تَوَقُّفُ الشَّيْءِ عَلَى مَا يَتَوَقَّفُ عَلَيْه كأن يقول لزَوْجَتِه كُلَّمَا فَعَلْت كَذَا فَأَنْتِ طَالِقٌ (التاج المذهب لأحكام المذهب - (٢ / ٤٧٠) بتصرف.

طلاقاً رجعياً فأنت طالق قبله ثلاثاً][3]، فيتحبس الرجعي، أو إذا طلقتك ثلاثاً [فأنت طالق قبله ثلاثاً] [4] فيتحبس التثليث فقط هــ.

أوأنت طالق اليوم ثلاثاً إن طلقتك غداً [ثلاثاً] [5] فيتحبس تطليق غد، ونحو ذلك انتهى[6].

وفي هذه المسألة ثلاثة أقوال:

الأول: ما ذكره الغزالي[7] في الوسيط، وأبو حامد الجاجرمي، وكثير من الشافعية وصححه الإمام ح، وبعض المذاكرين[8]أن هذه الحيلة صحيحة[9/] مانعة وقوع الطلاق كما تقدم ذكره[10].

القول الثاني: أن هذه الحيلة باطلة وأنها لا تمنع من وقوع الطلاق بعدها بل يقع الطلاق الناجز وتتمته من المشروط[و] [11] حكاه في الانتصار عن ح وبعض الشافعية [12].

القول الثالث: حكاه [أيضاً][13] عن بعض الشافعية أن هذه الحيلة باطلة لكن يقع الناجز دون

المشروط[14].

---

1 - الزيادة من (أ) .

2 - في(أ) صورته.

3 - سقط من (ب،ج) .

4 - سقط من (ب،ج) .

5 - الزيادة من المخطوط وليست في البحر .

6 - البحر الزخار –دار الأندلس (٢٠٥/٤) .

7 - هو الشيخ الإمام البحر حجة الإسلام زين الدين أبو حامد محمد بن محمد بن محمد بن أحمد الطوسي الشافعي الغزالي صاحب التصانيف والذكاء المفرط لازم إمام الحرمين فبرع في الفقه ومهر في الكلام والجدل، حتى صار عين المناظرين فأنبهر له ، وشاع أمره ، زهد في الدنيا فرفض الرئاسة وطمع في الإنابة إلى دار الخلود والتأله والإخلاص ، ألف كتاب الإحياء ، كتاب الأربعين ، كتاب المستصفى في أصول الفقه ، ولد سنة خمسين وأربعمائة وتوفى سنة خمس وخمسمائة وله خمس وخمسون سنة (سير أعلام النبلاء ٣٤٣/١٩) .

8 - يقصد بالمذاكرين: الفقيه يحيى بن حسن البحيبح، والفقيه يحيى بن أحمد حنش، وولده الفقيه محمد بن يحيى، والفقيه محمد بن سليمان بن أبي الرجال، والفقيه علي الوشلي، والفقيه حسن النحوي، والفقيه يوسف بن أحمد بن عثمان وغيرهم .(ينظر طبقات الزيدية الكبرى (ج ١ / ص ٤٦).

9 -نهاية ورقة ٩٦ من النسخة (ب) .

10 - ينظر شرح الأزهار (ج ٢ / ص ٤١٠). و الوسيط (ج٥/ص٤٤٤). و المهذب (ج٢/ص٩٩).

11 - الزيادة من (أ) .

12 - الانتصار على علماء الأمصار ج٥ (خ) وشرح الأزهار (ج ٢ / ص ٤١٠) .

13 - الزيادة من (ب) .

14 - المرجع السابق.

قيل ي: [وقد][1] روي أن الغزالي رجع عن تصحيح هذه الحيلة [2]، وممن أبطل هذه الحيلة من المذاكرين السيد يحيى والفقيهان ي ح .

والوجه في ذلك أنه يؤدي إلى تقديم[3] المشروط على الشرط، وإلى إبطال ما أثبته الشرع للزوج من الاختيار في الطلاق هـ[4].

وقد اختار المؤلف عليلم بطلان التحبيس، وبنى[5] عليه كلامه في الأثمار كما بنى على ذلك والده المهدي عليلم في الأزهار[6] لكن المهدي [عليلم][7]، علل بطلان التحبيس بما يؤدي إليه من تقدم المشروط على الشرط، ولذلك يقول بصحة الدَّوْر الذي لا يؤدي إلى ذلك كما سيأتي ذكر ذلك عنه.

وأما المؤلف عليلم فيختار أن العلة في بطلان التحبيس غير ذلك، وهو أن القول بإثبات الناجز في صورة التحبيس يؤدي إلى إبطاله، وما كان يؤدي إثباته إلى إبطاله فهو باطل فلا فرق في ذلك بين التحبيس والدَّوْر.

قال: ولم يذكر التعليل بتقديم المشروط على الشرط إلا الفقيه ح، والمشهور في التعليل ما ذكره المؤلف عليلم، وهو الذي علل به المانعون من صحة التحبيس من الشافعية، واحتجوا لوقوع الناجز بأن الطلاق تصرف شرعي، والزوج أهل له، وهي محل له، فيبعد أن ينسد[8] عليه باب هذا التصرف وباب[9] الجمع بين المعلق والمنجز ممتنع، ووقوع أحدهما غير ممتنع، والمنجز أولى بأن يقع لأن المعلق يفتقر إلى المنجز ولا عكس هـ[10].

قوله عليلم: " **الإمام بل الدَّوْر** "أي قال الإمام المهدي عليلم: بل يدخل في الطلاق الدَّوْر ويصح، وهو ما لا شرط فيه ولا مشروط.

وله صور منها: أن يقول لزوجاته من لم تطلق منكن فصواحبها طوالق، فإنه لا يقع على أيهن شيء، لأن طلاق كل واحدة منهن مشروط بأن لا تطلق صواحبها ، فإن قلنا أن كل واحدة منهن قد طلقت في الوقت الثاني انتفى شرط طلاقهن فلا يقع، وإن قلنا لم تطلق

---

1 - الزيادة من (ب) .
2 - ينظر شرح الأزهار (ج ٢ / ص ٤١٠) .
3 - في (أ) تقدم .
4 - ينظر شرح الأزهار (ج ٢ / ص ٤١٠).
5 - كتبت في (أ) بنا وكذلك في بقية النسخة.
6 - الأزهار (ج ١ / ص ٧٤).
7 - الزيادة من (أ) .
8 - في (أ) يفسد.
9 - في (أ) بأن.
10 - مغني المحتاج (ج٣/ص٣٢٣).

واحدة منهن فكيف لا يطلقن، وقد حصل شرط طلاقهن وهو عدم طلاق كل واحدة منهن فلزم الدَّوْر، وهو أن الطلاق في هذه الصورة لا يقع إذ يلزم من إثباته انتفاؤه، وذلك حقيقة الدَّوْر هـ.

ومنها أن يقول لامرأته أنت طالق واحدة بعد واحدة، فهذا لا يقع على أصل الهادوية، لأنه شرط [في][١] وقوع الواحدة أن تتقدمها واحدة، وإذا تقدمتها واحدة لم يقع هـ.

ومنها أن يقول: لزوجته[٢] أنت طالق قبل أن يقع عليك طلاق مني بساعة، فإنه لا يقع واحدة منها على أصل الهادوية، لأنه إذا أوقع عليها طلاقاً انكشف أنها طالق من قبله فلا يقع الآخر، وإذا لم يقع الآخر لم يقع الأول.

قال في الغيث:" ولا أظن أحداً من المذاكرين يمنع من كون هذا دوراً، قال لأنه بمنزلة قول القائل أنت طالق قبل موتي بشهر، قال بخلاف التحبيس فإنهم أبطلوه لأجل تقدم المشروط على الشرط، وهذا لا شرط فيه ولا مشروط انتهى [٣].

والمراد بالساعة هنا ما لا يتسع لشيء قال المؤلف [عليلم][٤] وهو المفهوم من القصد، فلذلك لم يحتج إلى أن يقال قبيل أو بلحظة، إذ لو كان المراد بالساعة وقتاً يتسع لشيء للزم أنه لو طلقها عقيب اللفظ الأول لوقع الطلاق الثاني، لأن اللفظ الأول لما يقع به طلاق فلم تحصل الممانعة، وهذا مبني على صحة الدَّوْر، وقد تقدم أن المختار عند المؤلف بطلانه كالتحبيس، والعلة في بطلانهما ما تقدم من أن إثبات الطلاق الناجز فيهما يؤدي إلى إبطاله، وما أدى إثباته إلى إبطاله كان باطلاً، وأما الإمام المهدي عليه السلام [٥] فلما كانت العلة عنده في بطلان التحبيس [هي][٦] لزوم تقدم المشروط على الشرط، قال بصحة الدَّوْر الذي لا شرط فيه ولا مشروط كما تقدم، لأنه بمنزلة الكاشف الذي لا يخالف فيه غير ح، وهو أنت طالق قبل موتي بشهر، وقد أجيب [بأن][٧] الفرق[٨] بين الدَّوْر والكاشف بأن الكاشف لا تنافي فيه ولا ممانعة بخلاف الدَّوْر، فإن الطلاق الناجز فيه لو وقع لكشف عن وقوع

---

1 - **سقط من (أ) .**
2 - **نهاية ورقة ٩١ من (أ) .**
3 - **الغيث المدرار ج٢(خ).**
4 - **الزيادة من (ب) .**
5 - **في (أ) عليلم .**
6 - **الزيادة من (ب) .**
7 - **الزيادة من (أ) .**
8 - **في (ب، ج) بالفرق.**

المعلق، ووقوع المعلق يمنع من وقوعه فيتمانعان، ولأجل ضعف القول بصحة الدَّوْر صرح المؤلف عليلم [١] بنسبة ذلك إلى قائله الإمام المهدي عليه السلام [٢] هـ[٣].

فائـــــدةٌ: على القول بصحة التحبيس لو قال لزوجته إن راجعتك أو ظاهرتك أو آليت منك فأنت طالق قبل ذلك ثلاثاً، لم يمكنه مراجعتها ولا مظاهرتها ولا الإيلاء منها، حكاه في الغيث عن أبي حامد ثم قال وهكذا عند من صحح التحبيس منا هـ[٤].

فائـــــدةٌ[٥]: فيمن قال إن لم يحج هذا العام فامرأته طالق أو نحو ذلك، ثم قال إن حنث في يمينه هذه فامرأته طالق قبل حنثه ثلاثاً، قد اختلف في جوابها والصحيح أنه من باب التنافي هـ.

فائـــــدةٌ: والحيلة في رفع التحبيس أو الدَّوْر العاميّن على القول بصحتهما، أن يتزوج طفلة ثم ترضعها أم زوجتها أو أختها، فينفسخ نكاحهما ثم إن شاء بعد ذلك تزوجها والله أعلم.

قوله [عليلم] [٦]:" **ومَهْمَا لَمْ يَغْلِبْ وُقُوعُ الشَّرْطِ لَمْ يَقَعْ الْمَشْرُوطُ** " أي إذا طلق امرأته طلاقاً معلقاً على شرط، فهي باقية على الزوجية حتى يغلب في ظنه أن شرط طلاقها قد وقع، فمتى غلب على ظنه وقوعه ثبت الطلاق، ولهذا قال أصحابنا، ولو أن رجلاً رأى طائراً، فقال إن كان هذا غراباً فامرأته طالق، فطار الطائر ولم يعلم أنه غراب أم غيره لم يقع الطلاق، لأن المتيقن لا يرتفع بالشك، خلاف ك فقال يقع الطلاق بالشك [٧]، وقد تضمنت هذه المسألة فروعاً :

أحدها: لو قال وإن لم يكن غراباً فهي عليه كظهر أمه، فإنها تحرم عليه لتيقن حصول أحد الشرطين، فإن طلقها بعد ذلك طلاقاً ناجزاً ثم راجعها حلت له من جهة التحريم بالطلاق المشروط، وبقي الظهار المشروط مشكوكاً فيه، وكذا لو ظاهر منها ظهاراً ناجزاً ثم رفعه، حلت له من جهة الظهار المشروط وبقي الطلاق المشروط مشكوكاً فيه ذكر معنى ذلك في الغيث [٨].

---

1 - **في (ب) أيده الله تعالى .**
2 - **في (ب) "عليلم"**
3 - **ينظر شرح الأزهار (ج ٢ / ص ٤٠٨) .**
4 - **الغيث المدرار ج٢(خ).**
5 - **في (ج) فائـــــدةٌ أخرى.**
6 - **الزيادة من(أ) .**
7 - **الكافي لابن عبد البر (ج١/ص٢٦٩).**
8 - **الغيث المدرار ج٢(خ).**

ولو قيل: أنه يكفيه في رفع التحريم بالطلاق المشروط، أن يقول إن كان في معلوم الله[سبحانه](١)أن الطلاق المشروط قد وقع عليك فقد راجعتك لم يبعد ذلك، وكذلك لو اعتق عن الظهار المشروط بعد العود، إن كان في معلوم الله[سبحانه] (٢) أنه قد وقع كفاه ذلك في رفع التحريم بالظهار والله أعلم هـ.

ثانيها: لو قال لزوجتيه إن كان هذا غراباً [٣/] فأنت يا هند طالق، وإن لم يكن غراباً فأنت يا زينب طالق، كان الحكم هنا كما لو طلق أحدهما والتبست [كما سيأتي هـ] (٤).

ثالثها: لو قال لأمنية إن كان هذا غراباً، فأنت يا فلانة حرة[وإن لم يكن غراباً] (٥)فأنت يا فلانة حرة، فإن الحكم يخالف حكم طلاق الزوجتين فيعتقان هنا كلاهما، وتسعى كل واحدة منهما في نصف قيمتها لسيدها(٦) لقوة نفوذ العتق هـ.

رابعها: لو قال إن كان [هذا] (٧)غراباً فامرأته طالق، وإن لم يكن غراباً فأمته حرة، ففي ذلك احتمالان الأرجح أنهما يحرمان عليه فيراجع الزوجة رجعة مشروطة، كما مر إن كان الطلاق رجعياً وتعتق الأمة وتسعى في نصف قيمتها والله أعلم.

خامسها: حيث صدر نحو ذلك من شخصين فيقول أحدهما، إن كان هذا غراباً فامرأته طالق، ويقول الآخر إن لم يكن غراباً فامرأته طالق، فإن امرأتهما لا تطلقان ولا واحدة منهما مع التباس الحال في الطائر، وكذا إن قالا نحو ذلك في أمتيهما أو أمة أحدهما وزوجة الآخر، فإنه لا يقع شيء في أي ذلك مع التباس الحال، فلو اشترى أحدهما أمة الآخر بعد ذلك فعن الغزالي تعتق المشتراة دون الأولى، لأن الشرع قد حكم له بملك الأولى، قيل ويحتمل أن يعتقا وتسعى(٨) كل واحدة منهما في نصف قيمتها والله أعلم هـ.

قوله عليلم: " **وَمَا أَوْقَعَ عَلَى غَيْرِ مُعَيَّنٍ أَوْ الْتَبَسَ بَعْدَ تَعْيِينِهِ أَوْ الذي وَقَعَ شَرْطُهُ اعتزل كلاً** "هذه ثلاث(٩) صور [و](١٠) حكمهن واحد عند أهل المذهب.

---

1 - الزيادة من(أ،ب) .
2 - الزيادة من(أ،ب) .
3 -نهاية ورقة ٩٨ من النسخة (ب) .
4 - الزيادة من(ب) .
5 - في(أ) كررت مرتين.
6 - في(أ) لسيده.
7 - الزيادة من(أ) .
8 - في (ب) تسعا .
9 - في (أ،ب) ثلث .
10 - الزيادة من(ب) .

أما الصورة الأولى فمثالها أن يقول لزوجاته إحداكن طالق من غير أن يقصد واحدة بعينها، فذكر الهادي في الأحكام وهو قول ح وش وأكثر العلماء وهو المذهب أنها تطلق واحدة منهن [(١)].

ثم اختلفوا فقال ابن حنبل يقرع بينهن حكاه في الانتصار[(٢)] ، وقال ع وط: تطلق واحدة، وتكون كما لو عينها ثم نسيها وهو المذهب، وقال م بالله مذهباً وتخريجاً بل يثبت الطلاق في ذمته، وهو قول ح وش قياساً على العتق في ثبوته في الذمة بجامع كون كل واحدٍ منهما يتمم كسره ويتأبد مؤقته، وأجاب ع وط بالفرق بأن العتق قربة، وله أصل في الثبوت في الذمة بخلاف الطلاق، واختلف فقه[(٣)] المؤيد[(٤)] [بالله][(٥)] في تفسير قوله" يثبت في الذمة" فقال ض[(٦)] زيد[(٧)] وعلي خليل[(٨)] وأبو مضر: معناه أن الطلاق إنما يقع بالتعيين لا بالإيقاع، وقد روي نحوه عن ح[(٩)] وبعض الشافعية[(١٠)] .

وقال الكنّى[(١١)] وهو قول بعض الشافعية: أن الطلاق قد وقع من وقت الإيقاع ولكن إليه تعيينه [(١٢)].

وفائـــــدةُ الخلاف أن العدة تكون من وقت الإيقاع عند الكنّى، وعندهم من وقت التعيين، وله أن يتزوج خامسة عنده لا[/١٣] عندهم، وإذا ماتت إحداهن صح أن يعينها عنده لا عندهم.

---

1 - ينظر كتاب الأحكام في الحلال والحرام للإمام الهادي إلى الحق يحي بن الحسين بن القاسم بن إبراهيم الرسي، أبي الحسين [٢٤٥-٢٩٨هـ] (ج ١ / ص ٤٣٨).و المبسوط للسرخسي (ج٦/ص١٢٣). و روضة الطالبين (ج٨/ص١٠٣) .
2 - ينظر الكافي في فقه ابن حنبل (ج٣/ص٢٢١) و الانتصار على علماء الأمصار ج٥ (خ).
3 - في (أ،ب) فقها.
4 - في (ب) المؤبد .
5 - الزيادة من(أ) ورمز للمؤيد بـــ م .
6 - في(ب)القاضي بدل "ض" وهو رمز له وكذا في بقية النسخة .
7 - هو زيد بن محمد الكلاري [ق٥ هـ] بمهملة نسبة إلى كلار من بلاد الجيل، القاضي، العالم، الزيدي، صاحب الشرح المعروف.، يروي (المنتخب) مع (الأحكام)، و(أمالي أحمد بن عيسى)، وغير ما في هذه الكتب من الأحاديث عن الناصر وغيره. (طبقات الزيدية الكبرى (ج ١ / ص ٤١١).
8 - هو علي بن محمد بن الخليل [ق ٥ هـ] الشيخ الجليل الجيلي، صاحب المجموع الذي يقال له مجموع علي خليل، يروي كتب الزيدية وأئمتهم وشيعهم بالسند المعروف عن القاضي يوسف الجيلي بسنده، وأخذ عنه القاضي زيد بن محمد الكلاري. طبقات الزيدية الكبرى (ج ٢ / ص ٢٢١).
9 - ينظر بدائع الصنائع (ج ٣/ صـــ٢٢٤) والمغني(ج ٣٨٢/٧) .
10 - المهذب (ج٢/ص١٠٠).
11 - هو أحمد بن أبي الحسن الكني ، أخذ منصوصات الفقه على يد شيخه أبي الفوارس توران شاه و، قرأ علي القاضي زيد بن محمد، وهو قرأ على علي خليل، وهو قرأ على الفقيه يوسف، وقرأ الفقيه يوسف على الأستاذ أبي القاسم، وهو قرأ على المؤيد بالله. طبقات الزيدية الكبرى (ج ١ / ص ٩٠).
12 - المهذب (ج٢/ص١٠٠) . و مغني المحتاج (٣٠٣/٣) وشرح الأزهار(ج ٢ / ص ٤١١) .
13 - نهاية ورقة ٩٢ من (أ) .

وقيل ع [1]: بل يتفقون أنه لا يصح تعيين الميتة وأنه يقع التعيين بالوطء عنده، فإذا وطئ ثلاثاً منهن تعينت الآخرة للطلاق وعندهم أن له أن يطأهنّ جميعاً، ولا يكون ذلك تعييناً، ذكر ذلك بعض المذاكرين وفي شرح أبي مُضَر أن الوطء والموت تعيين للطلاق في غير الموطوءة[2] والميتة[3].

نعـــــــم: وعن ك: أن الطلاق في هذه الصورة يقع عليهن جميعاً لأن اللفظ يصلح لكل واحدة منهنّ[4] وعن الناصر في أحد قوليه أن الطلاق بهذا اللفظ لا يصح فلا تطلق أيتهن.

وأما الصورة الثانية وهي حيث التبس الطلاق بعد تعيينه وذلك حيث أوقع الطلاق على واحدة منهنّ بعينها، ثم التبست فلا خلاف في أن الطلاق فيها ليس في الذمة، وكذا في الصورة الثالثة وهي حيث التبس الذي وقع شرطه من الطلاق كما مر في مسألة الطائر، فالصور[5] الثلاث سواء عند ع وط، وأما المؤيد[بالله][6] ومن معه فيخالفون في الصورة الأولى كما مرّ، ويوافقون في الأخيرتين[7] فإذا[8] عرفت أن الصور الثلاث سواء عند أهل المذهب، لزم الزوج ما أشار إليه بقوله اعتزل كلاً أي وجب عليه في الثلاث الصور[9] أن يعتزل جميع الزوجات اللاتي التبس الطلاق بينهن، ولا خلاف في ذلك في الصورتين الأخيرتين، وأما الصورة الأولى ففيها ما تقدم ذكره من الخلاف .

قوله عليلم: " **وَلَا يَصِحُّ مِنْهُ تعْيِينُ بل رَفْعُ اللَّبْسِ برجعة أَوْ طَلَاقٍ**"أي لا يصح من الزوج أن يعين إحداهن للطلاق على المذهب، كما تقدم بل يصح منه أن يرفع ذلك الطلاق الملتبس برجعة إن كان ذلك الطلاق رجعياً، فيقول من طلقت منكن فقد راجعتها فيرتفع اللبس بذلك، وتستمر زوجيتهنّ جميعاً، وهذا عند من أجاز الرجعة المبهمة وهو المذهب، وهي مراجعة زوجةٍ غير معينة، وسيأتي الخلاف في ذلك في باب الرجعة.

---

1 - المقصود به الفقيه علي بن يحي الوشلي وهو الفقيه العلامة جمال الدين المعروف بالوشلي، كان مولده ٦٦٢ هــ،أوحد المذاكرين، والحجة في المذهب، له(الزهرة على اللمع).توفي رحمه الله خامس عشر شهر شوال سنة ٧٧٧هــ وقبره بصعدة قبليها على طريق النافذ إلى ماجل المذاهبي ، ثم الصعيد ، ثم العشة،هــ(طبقات الزيدية الكبرى ق٣ - (ج٢ / صــ٢٤٨).

2 - في (ب) الموطوة .

3 - ينظر شرح الأزهار (ج ٢ / ص ٤١٢) .

4 - المدونة(ج ٥ / ص ١٥)والمغني (ج ٣٨٢/٧).

5 - في(أ) والصور .

6 - الزيادة من(أ) ورمز للمؤيد بـــ م .

7 - في(أ) الأخرتين.

8 - في(أ) وإذا.

9 - في(أ) الصور الثلاث .

قيل: والأولى أن يقول لكل واحدةٍ منهنّ قد راجعتك إن كنت المطلقة، ليكون أخذاً بالإجماع، أو يرفع ذلك اللبس بطلاق نحو أن يقول من لم أكن طلقتها منكن[١] فهي[٢] طالق فيصرن كلهن مطلقات ثم يراجعهنّ إن أحب أو بعضهن [إن أحب][٣].

قال ع: هذا إذا لم يكن قد طلق قبل ذلك شيئاً، أو يكون قد طلقهن كلهن تطليقة واحدةً وراجعهن، فإن كان قد طلق واحدة منهن تطليقة قبل هذا القول، فإن لم يُرد رفع اللبس بالطلاق راجعهنّ كما تقدم، قال والمطلقة أولاً تبقى عنده بواحدة لجواز أن تكون الثانية وقعت عليها، وكل واحدة من البواقي تبقى عنده باثنتين لجواز أن تكون هي المطلقة، قال وإن كانت المطلقة أولا ملتبسة أيضاً كان كل واحدة من الزوجات عنده بواحدة، لجواز أن تكون المطلقة أولا هي المطلقة ثانياً.

قال: وإذا أراد رفع الالتباس، قال لهن من لم أكن طلقتها منكن ثانياً، فهي طالق فيصرن كلهن مطلقات ثم يراجعهن، ثم يقول من لم أكن طلقتها منكن أولاً فهي طالق ثم يراجعهنّ، فيكن كلهن قد بقين عنده بواحدة، قال هذا إذا كانت المطلقة[٤] الأولى مُلتبسة فإن كانت غير ملتبسة، قال من لم أكن طلقتها منكن ثانياً فهي طالق ثم يراجع كما تقدم، فتكون المطلقة الأولى عنده بتطليقتين، وبقي لها واحدة والبواقي عنده بتطليقة واحدة، وبقي لكل واحدة منهنّ تطليقتان، قال فإن كان قد طلق إحداهن تطليقتين أولاً ثم راجع [٥]هذه الملتبسة، فإن كانت المطلقة أولاً معلومةً حرمت عليه، لجواز أن تكون هذه وقعت عليها والبواقي كما تقدم، وإن كانت المطلقة الأولى ملتبسة حرمن كلهن عليه ولا يخرجن منه إلا بطلاق .

قوله عليه السلام [٦]: " **فَيُجْبَرُ فَإِنْ**[/٧] **تَمَرَّدَ فَالْفَسْخُ** " أي فيجب على الإمام أو الحاكم إجبار الزوج الممتنع من رفع اللبس بالمراجعة أو الطلاق، إذ لا يجوز لأيهن أن تتزوج غيره إلا بعد طلاقه وانقضاء عدته، وكلهن سواء في ذلك خلاف م بالله في الصورة الأولى إذ عنده أن له أن يعين إحداهن من دون تحديد طلاق كما تقدم ، فإن تمرد بعد الإجبار فسخ نكاحهن الإمام أو الحاكم لأن في عدم ذلك إضراراً بهنّ، وقد قال [الله] [٨]تعالى: **(**وَلَا

---

1 - في(أ) منهن .
2 - في(أ) هي .
3 - الزيادة من (ب) .
4 - في(أ) الطلقة .
5 - في(ب،ج) أوقع .
6 - في(أ) عليلم .
7 -نهاية ورقة ٩٩ من النسخة (ب) .
8 - الزيادة من (أ) .

تُضَارُّوهُنَّ ﴾[1] ونحوها، وإنما عدل المؤلف عن عبارة الأزهار[2] بالتقديم والتأخير لأنّ قوله " فيخير" راجع إلى الطلاق والرجعة وذلك إنما تفيده عبارة الأثمار كما لا يخفى، والله أعلم .

تنبيــــهٌ: قيل ويجب على الزوج نفقتهن قبل رفع اللبس حتى تنقضي العدة على أصل المذهب، وذلك ظاهر وأمّا بعد الانقضاء فيحتمل أن تلزمه أيضاً لأنهنّ محبوسات من أجله، إذ لا يخرجن منه إلا بطلاق كما تقدم.

قلتُ: وأما حكمهن في المهر، حيث اختلف حالهنّ في التسمية وعدمها، والدخول وعدمه، وحكمهن في الميراث حيث مات قبل رفع اللبس، وحكمهنّ في العدة ونفقتها، فقد استوفى الكلام في جميع ذلك في الغيث[3] في هذا الموضع مع كون هذه الأحكام تعرف مما تقدم ومما سيأتي فتركت[4] إيراد ذلك إيثاراً للاختصار والله الموفق .

فائـــــدةٌ: من قال امرأتي طالق وله أربع نسوة ولا نية له، فقال المرتضى يطلقن كلهن، إذ هو بمثابة قوله من كانت امرأتي فهي طالق، وهو قول ع وابن حنبل[5] وهو مروي عن ابن عباس وقال م بالله: لا يفيد الاستغراق بل يكون كقوله إحداكن طالق.

قال في الانتصار: "وهو قول ح وش " [6].

قال في الغيث:" وهذا هو الأقرب عندي" هـ[7].

فائـــــدةٌ أخرى : لو أنّ رجلاً نادى امرأة من نسائه [و] [8] قد عزم على طلاقها فأجابته أخرى فقال أنت طالق، وقع الطلاق على من كان نوى طلاقها دون من أجابته عند ع وم بالله والناصر وش وك[9] .

وعن ح [بل][10]يقع على المجيبة[11] وفي الكافي عن الناصر:

---

1 - الطلاق:٦.
2 - ينظر الأزهار (ج ١ / ص ٧٤) .
3 - الغيث المدرار ج٢(خ).
4 - في (ج) فترك.
5 - ينظر البحر الزخار (ج ٧ / ص ٢٣١) و كشاف القناع (ج٥/ص٢٧٢) .
6 - ينظر الانتصار على علماء الأمصار ج٥(خ) والبحر الزخار (ج ٧ / ص ٢٣١) .
7 - الغيث المدرار ج٢(خ). والبحر الزخار (ج ٧ / ص ٢٣١) .
8 - الزيادة من (أ).
9 - البحر الزخار - (٧ / ٢٣٢).والمهذب (ج٢/ص٩٨). والسراج الوهاج (ج١/ص٤٢٦) .
10 - الزيادة من (ب) .
11 - الفتاوى الهندية (ج١/ص٣٥٨).

لا يقع على أيّتهما[1][2]، وعن ش وأبي مضر: يقع على المجبية ظاهراً وعلى التي نواها بإقراره[3].

والمختار الأول لأنّ تقدم ندائه يشبه الإشارة إلى المنوية ونيته لطلاق[4] المناداه صرف الطلاق عن المجيبة، ولكل امرئٍ[5] ما نوى فإن التبس عليه من نوى طلاقها، كان كما لو قال إحداكن طالق فيدخل[6] في عموم عبارة الأثمار كأصله هذه المسألة والتي قبلها حيث قال وما أوقع على غير معيّن إلى آخره[7].

فائـــــدةٌ أخرى: [لو قال لزوجته ولأجنبية إحداكما طالق، طلقت زوجته فإن قال عنيت الأجنبية احتمل أن يقبل قوله، فأما لو قال لزوجته[/8] ولرجل إحداكما طالق لم يقبل قوله أنه أراد الرجل والله أعلم] [9].

فائـــــدةٌ أخرى: حيث أوقع الطلاق ملتبساً فماتت إحدى زوجاته فلوارثها أن يحلفه ما نواها .

فائـــــدةٌ أخرى: من قال لزوجته أنت طالق إن مات زيد وقد كان مات، أو إن شفى الله مريضي وقد كان شُفي، أو نحو ذلك فقال م بالله :لا يقع الطلاق، وقال ط : يقع في الحال، وإن قال: أنت طالق ونوى إذا حصل كذا أو[10] إلا أن يحصل كذا صحت نيته باطناً خلاف ش والله أعلم هــ[11] .

---

1 - في (أ) أيهما.
2 - الكافي في شرح الوافي لأبي جعفر محمد بن يعقوب الهوسمي(مخطوط).
3 - المهذب (ج٢/ص٩٨) السراج الوهاج (ج١/ص٤٢٦) وهو الأصح من مذهب الشافعية .
4 - في (أ) الطلاق.
5 - في (أ،ب،ج) امرءٍ
6 - في (أ) فدخل.
7 - في (ج) الخ .
8 - نهاية ورقة ٩٣ من (أ) .
9 - في (ب)سقطت من المتن واستدركت في الحاشية .
10 - في (أ) و.
11 - نهاية المحتاج(ج٦/ص٤٦٦).

"فَصْـــــــلٌ"

" **ولا يجوز الإكراه على الحلف بالطلاق ونحوه م بالله**[1]**غالباً** " أراد بنحو الطلاق العتاق وصدقة المال، فلا يجوز للإمام والحاكم إكراه أحد على الحلف بأي هذه الثلاثة الأمور،عند القاسم والهادي والفقهاء لا في غير بيعة الإمام ولا فيها، وسيأتي دليل ذلك في كتاب الأيمان إن شاء الله [تعالى] [٢]، وقال الناصر والإمامية يجوز التحليف بها مطلقاً وقال م بالله يجوز التحليف بذلك في بيعة الإمام خاصة وقواه المؤلف عليلم[٣].

وإنما عدل عن عبارة الأزهار وهي قوله" ولا يجوز التحليف به مطلقاً"[٤]، لأن ظاهرها يقتضي تحريم التحليف بالطلاق في بيعة الإمام وغيرها، ومع الإكراه والطوع، ولم يقو ذلك عنده لعدم ظهور عموم أدلة التحريم، والمختار عنده جواز ذلك في بيعة الإمام مطلقاً، وأما في غيرها فمع رضا الحالف يجوز مع كراهة، وأمّا مع إكراهه فلا يجوز .

قال أبو مضر: والإمام أو الحاكم إذا أكره إنسانا على الحلف بالطلاق أو العتاق أثم، وهل ينعزل أولا[٥]؟ فيه كلامٌ لأنه فعل ما هو منهي عنه عندنا [٦].

قال في الغيث: الأقرب أنه لا ينعزل لاحتمال كون ذلك صغيره [٧].

وقيل ح: بل ينعزل وقال فيه أما إذا حَلَّف الناصري هادوياً بالطلاق جاز للهادوي أن يحلف، لأن الحاكم يقطع الاجتهاد، ويلزم الخصم اجتهاده، إذا كان إماماً أو حاكم إمام [٨].

[قوله عليلم] [٩]:" **ومن حلف لَيَفْعَلَنَّ ،حَنِثَ غالباً بِمَوْتِ أَحَدِهِمَا قَبْلَ الْفِعْلِ أو بتعذره** "أي[و] [١٠]من حلف بالطلاق ونحوه ليفعلن كذا فمات هو أو زوجته قبل أن يفعل ذلك الفعل، فإنه يحنث بموت أحدهما فتطلق الزوجة وترثه إن كان الطلاق رجعياً، لا حيث كان بايناً، [و][١١]هذا حيث مات الزوج، وكذا حيث ماتت الزوجة قبل الفعل، فإنه يرثها إذا كان

---

1 - في (ب،ج) م~ وهو رمز للمؤيد بالله .
2 - الزيادة من (أ،ب).
3 - شرح الأزهار (ج ٢ / ص ٤١٨) .
4 - الأزهار (ج ١ / ص ٧٥).
5 - في (أ) أم لا .
6 - ينظر شرح الأزهار - (ج ٢ / ص ٤١٨) .
7 - ينظر الغيث المدرار ج٢(خ)، وشرح الأزهار (ج ٢ / ص ٤١٨) .
8 - المرجع السابق.
9 - الزيادة من (ب)وفي (ج) أيده الله كما هو المعتاد في النسخة.
10 - الزيادة من (أ) .
11 - الزيادة من (ب) .

الطلاق رجعياً على الصحيح، وعن الأزرقي[1] لا يقع الطلاق حيث ماتت الزوجة لأن اليمين انحلت بموتها.

قيل ح: يعني إذا كان الفعل يتأتى بعد موتها بأن لا يكون يتعلق بها، فأما حيث يتعلق بها، وهو لا يمكنه فعله بعد موتها فيقع الطلاق اتفاقاً والله أعلم.

ووجه القول بتوارثهما أن الطلاق قبيل موت احدهما وهو حال النزاع، فإذا لم يكن بايناً توارثا وذلك ظاهرٌ.

[و] [2]قوله: "غالباً" احتراز [3]من المؤقت لفظاً أو نية نحو أن يقول أنت طالق لأفعلن كذا يوم الجمعة أو نحوه، أو ينوي ذلك فإنه يحنث بخروج ذلك الوقت ولما يفعل ذلك الفعل، وكذا حيث قال أنت طالق لأشربن هذا الماء، أو لأدخلن هذه الدار غداً، فإذا مضى غد ولما يشرب الماء أو يدخل الدار طلقت، وسواء كان متمكناً من البر والحنث أم لا؟ بأن يهريق[4] الماء أو تخرب الدار قبل مضي الغد، ويحترز أيضاً من أن يكون مكرهاً على الحلف ولم ينوه، فإنه لا يحنث ويحترز أيضاً من أن ينوي المطلق أو المؤقت الترك وهو متمكن من الفعل، فإنه يحنث بتلك النية، لأن النية في الترك تكفي إذ النيّة للترك ترك بخلاف نية الفعل فلا تكفي في ذلك، وذلك ظاهر هكذا اختار المؤلف عليلم أعني كون الحلف بالطلاق ونحوه لا يشترط فيه التمكن لا في المطلق ولا في المؤقت[5]، كما هو ظاهر التذكرة[6] وسيأتي في الأيمان اشتراط التمكن في القسم .

والوجه ما سيأتي [إن شاء الله تعالى] [7]هذا حاصل ما نقل عن المؤلف عليلم في شرح الأثمار، ولا يخفى أن الصور التي احترز منها بقوله غالباً بعضها من الطرد وبعضها من العكس .

تنبيـــــهٌ: قد اختلف فيمن حلف بالطلاق فالمذهب ما تقدم

---

1 - هو أحمد بن محمد بن إدريس بن الإمام يحيى بن حمزة، السيد الإمام شمس الدين، نشأ في طلب العلم والفائدة، واشتغل بالقراءة، ولم يزل مشتغلاً حتى استفاد في العربية، وقرأ فيها كتبها المعروفة وجود فيها، له مصنف يسُمي (جامع الخلاف)، لعل وفاته في عشر الخمسين وثمانمائة تقريباً، [٨٥٠هـ ت] ويعرف بالأزرقي الصغير، والأزرقي الكبير هو المعروف بالمنتقم لدين الله،أخذ بثار الدين عن طميس عن تاره، وهو أحد دعاة جيلان في المائة السادسة. (طبقات الزيدية الكبرى(ج ١ / ص ١٨٠،١٧٩،١٧٤).

2 - الزيادة من (ب) .

3 - في (أ) احتران.

4 - في (أ) كأن يهراق.

5 - في (أ،ب) الموقت.

6 - التذكرة الفاخرة في فقه العترة الطاهرة (ص ٢٨٦) .

7 - الزيادة من (أ) .

[ذكره] [(١)]حيث حلف مختاراً أو مكرهاً ونواه، وقيل ح: [٢/] لا يقع وإن نواه، لأن الإكراه صير اللفظ كلا لفظ،[(٣)] وأمَّا إذا لم ينو اليمين فالمذهب وهو قول الأكثر أن اليمين لا ينعقد لقوله صلى الله عليه وآله "رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه" رواه ابن ماجة والبيهقي[(٤)]بمعناه، [ولحديث " لاَ طَلاَقَ [وَلاَ عِتَاقَ] [(٥)] في إِغْلاَقٍ "رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه] [(٦)] [والبيهقي بمعناه] [(٧)]وصححه الحاكم [(٨)].

وفسر ش وأبوعبيدٍ [(٩)] [والخطابي] [(١٠)]وابن قتيبة وغيرهم الإغلاق بالإكراه[(١١)].

وأفتى بعدم وقوعه عليٌّ [عليلم][(١٢)]وعمر وغيرهما من الصحابة، ولا مخالف منهم فكان إجماعاً، وإنما يتحقق الإكراه ممن يقدر على تحقيق ما هدّدَ به مع عجز المكره عن دفعه ولو بفرار، أو استعانة[(١٣)] ويغلب على ظنه [وقوع المحذور في الحال، إن لم يطلق][(١٤)] فلو قال لأقتلنك غداً إن لم تطلق، لم يكن ذلك إكراهاً معتبراً والله أعلم.

وقال ح: ينعقد مطلقاً[(١٥)]، وقال بعض الشافعية: ينعقد إذا ترك التورية مع القدرة عليها أو خالف ما أكره عليه بزيادة

---

1 - سقط من (ب) .
2 -نهاية ورقة ١٠٠من النسخة (ب) .
3 - البحر الرائق (ج٤/ص٣٠٥).
4 - في سننه -كِتَاب الطَّلَاقِ - بَاب طَلَاقِ الْمُكْرَهِ وَالنَّاسِي -رقم ٢٠٤٣ -بلفظ " إِنَّ اللَّهَ تَجَاوَزَ عن أُمَّتِي الْخَطَأَ وَالنِّسْيَانَ وما اسْتُكْرِهُوا عليه"(ج١/ص٦٥٩). والبيهقي في السنن الكبرى- كتاب القسم والنشوز –باب ما جاء في طلاق المكره - رقم١٤٨٧٣بلفظ "وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه"–(ج٧/ص٣٥٧). والحديث صحيح كما قال الألباني في مختصر إرواء الغليل - (١ / ٥١١).
5 - سقط من جميع النسخ .
6 - مابين المعقوفين كرر مرتين في (أ).
7 - الزيادة من (أ) .
8 - سبق تخريجه صـــ٧١.
9 - في (أ) أبو عبيدة . وأبو عبيد هو القاسم بن سلام أبو عبيد البغدادي أحد أئمة الإسلام فقها ولغة وأدبا صاحب التصانيف المشهورة والعلوم المذكورة أخذ العلم عن الشافعي ، والقراءات عن الكسائي وغيره ،قال ابن الأنباري كان أبو عبيد يقسم الليل أثلاثا فيصلي ثلثه وينام ثلثه ويصنف ثلثه ،ولي قضاء طرسوس وتوفي بمكة سنة أربع وعشرين ومائتين (طبقات الشافعية لأبي بكر بن أحمد بن محمد بن عمر بن قاضي شهبة-عالم الكتب- بيروت - ١٤٠٧ هـــ ط١ تحقيق د/ الحافظ عبد العليم خان(ج١/ص٦٧).
10 - سقط من (أ) .
11 - ينظر حاشية البجيرمي (ج٤/ص٤). و الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني- لعلي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري الشافعي، : دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان - ١٤١٩ هـ -١٩٩٩ م، ط١، تحقيق: الشيخ علي محمد معوض والشيخ عادل أحمد عبد الموجود. (ج١٠/ص٢٢٩).
12 - الزيادة من (أ،ج) .
13 - لعلها «استغاثة» . كما هي مكتوبة في حاشية إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين لشرح قرة العين بمهمات الدين لأبي بكر ابن السيد محمد شطا الدمياطي، - دار الفكر – بيروت (ج٢/ص٢٢٦).
14 - ما بين المعقوفين في (أ).تقديم وتأخير« وقوع المحذور إن لم يطلق في الحال ».
15 - ينظر المبسوط للسرخسي (ج٢٤/ص ٤٠).

أو نقصان[١] وسواء عندنا حنث[٢]مختاراً أو مكرهاً لأن اليمين عقد فلا ينعقد مع الإكراه، والحنث فرع على الانعقاد، وقال الثوري[٣] وعمر بن عبد العزيز[٤] وح وأصحابه[٥] إذا حنث مختاراً وقع الطلاق [٦].

تنبيـــــهٌ: وقد اختلف في حد الإكراه الذي لا ينعقد معه اليمين، فقال ط: وهو قول الأكثر، أنه ما يخرجه عن حد الاختيار، أي ما يقتضي العقل إجابة المكره إلى فعل ما أكره عليه حذراً منه، وذلك يختلف باختلاف الأحوال والأشخاص، وظاهر كلام الهادوية أنه خوف الإجحاف بتلف نفس أو عضو، حكى ذلك الفقيه ف في تعليقه [٧].

قال في الغيث: "وفي هذه الحكاية نظر عندي إلى آخر ما ذكره ،وحاصله أن ظاهر كلام اللمع أن مذهب الهادوية مثل ما ذكره ط وهو أنه ما أخرج عن حد الاختيار والله أعلم[٨].

فائـــــدةٌ: قيل: يستحب لمن أكره على الطلاق أن يوري، بأن ينوي غير زوجته أو ينوي طلاقها من وثاق أو نحو ذلك، ولا يلزمه التورية فلو تركها لم يقع الطلاق ما لم ينوه[٩/] وعلى هذا فصراح الطلاق كناية في حق المكره .

فائـــــدةٌ أخرى: قيل ومن قال لغيره طلق زوجتي وإلا قتلتك، فطلقها فإن الطلاق يقع، لأن ذلك أبلغ من الإذن مع أنه مكره.

قوله عليلم: "**وَيَتَقَيَّدُ بِاسْتِثْنَاءِ**[١٠] **غَيْرَ منفصل ولا مُسْتَغْرِقٍ**" يعني أن الحلف بالطلاق ونحوه يتقيد بالاستثناء،

---

1 - ينظر حاشية إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين.

2 - في (أ) .تقديم وتأخير« مكرهاً أم مختاراً » .

3-هو سفيان بن سعيد بن مسروق الثوري أبو عبد الله الكوفي أحد الأئمة الأعلام روى عن أبيه وحبيب بن أبي ثابت وأيوب وخلق، قال عنه ابن المبارك كتبت عن ألف ومائة شيخ ما كتبت عن أفضل من سفيان . وقال ابن مهدي ما رأيت أحفظ للحديث من الثوري ، ساد الناس بالعلم والورع ولد سنة سبع وتسعين ومات بالبصرة سنة إحدى وستين ومائة (طبقات الحفاظ ٩٦/١) .

4 - هو عمر بن عبد العزيز بن مروان بن الحكم بن أبي العاص ، الإمام الحافظ العلامة المجتهد الزاهد العابد السيد أمير المؤمنين حقا أبو حفص، القرشي الأموي المدني ثم المصري، من الخلفاء الراشدين وتابعي أهل المدينة ،أمه هي أم عاصم بنت عاصم بن عمر بن الخطاب. كما قال ابن سعد، استوهب من سهل بن سعد قدحا شرب منه النبي r ، وأم بأنس بن مالك، فقال: ما رأيت أحدا أشبه صلاة برسول الله r من هذا الفتى، ولد سنة ثلاث وستين، وتوفي يوم الجمعة لخمس بقين من رجب سنة إحدى ومائة بدير سمعان من أرض حمص. سيرأعلام النبلاء (ج ٥ / ص ١٢٠،١١٧،١١٤، ١٤٤).

5 - في (ج) .ح و أصّ .

6 - ينظر البحر الرائق (ج٤/ص٣٣٢).

7 - تعليق على الزيادات للفقيه يوسف بن أحمد(خ).

8 - الغيث المدرار ج٢(خ).

9 - نهاية ورقة ٩٤ من (أ) .

10 - في (ب) « بالاستثناء » . وفي المتن« ما أثبت » (ينظر متن الأثمار صـــ٤٧).

فإذا قال أنت طالق إن[1]كلمت زيداً إلا ضاحكة فإنها لا تطلق إذا كلمته ضاحكة، لأنه قد استثنى هذه الحالة[وإنما يصح الاستثناء بالشرطين المذكورين:

الأول: أن يكون غير منفصل من الجملة الأولى، فلو سكت][2]عقيب قوله أنت طالق إن كلمت زيداً ثم قال بعد ذلك إلا ضاحكةً ونحو ذلك، لم يصح استثناؤه، إلا أن يكون سكوته قدر التنفس، أو بلع الريق، أو العطاس، أو يدور قيء[3] قيل أو ليتذكر ما يستثنى[4] هـ.

الشرط الثاني: أن يكون المستثنى غير مستغرق للمستثنى [منه][5]، فلو قال أنت طالق واحدة إلا واحدة، قال ط وقعت واحدة، لأن من حق المستثنى أن يكون بعض ما استثنى منه لا كله، وسواء كان أقل من المستثنى منه، أو مساوياً له أو أكثر منه .

وعن ابن حنبل وبعض اللغويين لا يصح استثناء الأكثر[6]، والحجة عليهم قوله تعالى:**(إِلاَّ مَنِ اتَّبَعَكَ مِنَ الْغَاوِينَ)**[7]، والغاوون أكثر ونحوها، وزاد بعض الشافعية شرطاً ثالثاً وهو أن يكون عازماً على الاستثناء قبل ذلك[8] قال في الغيث يعني قبل فراغه من المستثنى منه قال وهو قوي جداً لأن الاستثناء إذا لم يعزم عليه قبل الفراغ من المستثنى منه كان رجوعاً فلا يصح [9].

قوله عليه السلام[10]:" **ويعتبر في المشيئة**[11] **الْمَجْلِسُ**"يعني حيث علق الاستثناء بمشيئة الله أو غيره، نحو أن يقول أنت طالق إلا أن يشاء الله حبسك، أو إلا أن يشاء أبوك فإنها لا[12] تطلق[13] إلا أن يكون الله يشاء إمساكها، حيث علق بمشيئة الله، أو يشاء أبوها

---

1 - في (أ) « إذا ».

2 - في (ب) ما بين المعقوفين سقطت من المتن واستدركت في الحاشية .

3 - في (أ) « القيء » . وكتبت بدون همزة في (أ،ب).

4 - في (ج) زيادة« خلاف المذهب...... » .

5 - الزيادة من (ب).

6 - ينظر الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، لعلي بن سليمان المرداوي أبي الحسن - دار إحياء التراث العربي - بيروت، تحقيق: محمد حامد الفقي (ج٩/ص٣١)..

7 - الحجر:٤٢.

8 - المهذب (ج٢/ص٨٧).

9 - الغيث المدرار ج٢(خ).

10 - في (أ) عليلم وفي (ج) أيده الله .

11 - في (أ،ب،ج) المشيه .

12 - « يقال المباح ليس مراد الله تعالى ولا مكروها له لمرعاته. » تعليق من (ج) في الحاشية .

13 - « قد شكل على هذه المسألة المصنف رحمه الله بخط يده وذلك لما فيها من سهو القلم فليتأمل، فلعل المثال إلا أن لا يشاء الله حبسك، وإلا أن لا يشاء أبوك حبسك إذ لا يستقيم الكلام إلا على ذلك ولعل السهو وقع في المنقول منه وهو الغيث في الأغلب فإنه يذكر أنّ الإمام المهدي عليلم لم يقصه هـ تمت. «أقوال المثال مستقيم والخلل حصل من لفظ لا المشكل عليها في الكتاب من المؤلف رحمه الله » هـ. تعليق من (ب) في الحاشية .

حيث علق بمشيئتة، وتعرف مشيئة الله لإمساكها بأن[1] يكون الطلاق محظوراً أو مكروهاً، وقد تقدم تبيين ذلك فحيث يكون الطلاق كذلك لا يقع، لأن الله يشاء إمساكها، وحيث يكون الطلاق واجباً أو مندوباً أو مباحاً يقع الطلاق، لأن الله لا يشاء إمساكها إذ لا يشاء إلا ما لفعله مزية على تركه، وأما مشيئة غير الله فيعرف بإقراره أنه قد شاء، ولا حكم لمشيئة غير العاقل، ويعتبر حصول مشيئة الله أو مشيئة غيره في المجلس، ويعتبر في مشيئة غير الله مجلس بلوغه إذا كان غايباً.

قوله عليلم: " **ونحو غير لِلنَّفْيِ وإِلَّا لَهُ مَعَ الْإِثْبَاتِ** "أراد بنحو غير سوى وخلا وعدا وما خلا وما عدا[2] فإذا قال امرأته طالق ما يملك غير عشرة دراهم أو نحو ذلك، فمعناه نفي ملك غير العشرة، ولا يقتضي إثبات ملكه للعشرة، وكذا الكلام في سائر الألفاظ المذكورة، التي هي نحو غير، وهذا لا خلاف فيه بين ع وط ، وأما حيث قال امرأته طالق ما يملك إلا عشرة دراهم، فإن إلاّ تخالف غير ونحوها في ذلك، لأنها تقتضي نفي ملك ما عدا العشرة، واثبات ملكها، فإذا لم تكن العشرة في ملكه حنث، وكذا حيث كان يملك أكثر من العشرة، هذا قول ط وهو المختار، وقال ع : هي للنفي فقط مثل غير وأخواتها، وهو قول ح[3] وعلل ذلك ع بأنّ غرض الحالف ليس إلا نفي الزيادة على العشرة كما في غير وأخواتها .

وأجيب بأن اللفظ لا يحتمل ذلك، فلا اعتبار بغرضه ونيته فيما لا يحتمله اللفظ، ومما يحتج به ط لقوله بأنّ لفظ إلا للإثبات مع النفي، أن قول القائل[4] لا إله إلا الله يفيد نفي إلهية غير الله [تعالى] [5] وإثبات إلهيّته بلا خلاف، ولو[6] لم يكن معناها إلا نفي إلهية غير الله فقط، لم يحكم بإسلام قائلها[7] وذلك خلاف الإجماع، وحذف قوله في الأزهار:" قيل وإلا أن للفور"[8] لأنّ الصحيح للمذهب أنها مثل إن لم، وقد ثبت أنّ إن لم للتراخي كما تقدم هـــ.

تنبيـــــهٌ: وهذه فوائد يحسن إيرادها صريحة وإن كانت عبارة الأثمار قد تضمنت كثيراً منها:

---

1 - في (أ) حيث.
2 - في (أ) ماعدى .
3 - البحر الرائق (ج٤/ص٢٣).
4 - في (أ،ب) القايل .
5 - الزيادة من (أ) .
6 - في (أ،ب،ج) إلهيته .
7 - في (أ،ب) قايلها .
8 - الأزهار(ج ١ / ص ٧٥).

الأولى: من قال لامرأته إن حلفت بطلاقك فأنت طالق، وكرر ذلك ثانياً وقعت عليها طلقه، فإن أعاد اللفظ ثالثاً بعد الرجعة طلقت ثانية، وأما قبل الرجعة فلا تقع الثانية عندنا.

وإن قال إن حلفت بطلاقك فعمره طالق، ثم قال إن طلقت عمره فأنت طالق، طلقتا كلاهما لحصول الشرطين.

أمّا حيث قال إن حلفت بطلاقك يا زينب فعمره طالق، ثم قال إن طلقت عمره بالتشديد، فأنت طالق فإنها تطلق عمره ولا تطلق زينب، والوجه ظاهر هـ.

الثانية: حيث قال أنت طالق لو فعلت كذا، فقال الإمام ح وغيره: هي مثل إن فعلت كذا مجازاً، وقيل لا يقع عليها شيء إذ هي للماضي، وقيل يقع الطلاق مطلقاً[/١/].

قال في البحر: والأقرب أن لا يقع شيء مطلقاً، إذ يحتمل أنّ معناه لو[٢] فعلت كذا لكنت طالقاً لكن لم تفعلي فلا طلاق انتهى [٣].

الثالثة: أنه يعمل بالمجاز حيث غلب الحقيقة، فلو قال أنت طالق لأرغمن أنفك، فإنه يبر بإيغار صدرها، ما لم ينو غير ذلك، ومن هذا لو قالت له يا يهودي فقال إن كنت كذلك فأنت طالق فإنها تطلق، إن كان مثله في الخساسة والصغار عند بعضهم وقيل لا إذ الظاهر التعليق.

الرابعة: لو قال إن فعلت كذا أنت طالق فإنها تطلق، وإن لم تفعل إذ لا تقييد لحذف فاء الجزاء على الصحيح، ولو قال إن ابتدأتك بكلام فأنت طالق، وكرره طلقت، وكذا ما أشبهه ولو قال إن كلمت زيداً ولا عمراً ولا بكراً طلقت بتكليم أحدهم، ولو قال إن أقمت بهذا الماء أو خرجت منه فأنت طالق، وهي في ماء جارٍ لم تطلق، وإن كان راكداً طلقت .

ولو قال: إن خرجت من الدار فحملت كرهاً لم تطلق إذ هي مخرجة لا خارجة.

ولو قال: وهي على سلم، إن صعدت أو نزلت أو وقفت مكانك فأنت طالق، فانتقلت عنه عرضاً لم تطلق، ولو قال وفي فيها تمرةً إن أكلتيها[٤] أو تركتيها[٥] فأنت كذا فأكلت بعضها

---

1 -نهاية ورقة ١٠١ من النسخة (ب) .
2 - في (أ) "ولو" والصحيح ما أ ثبته.
3 - البحر الزخار –دار الأندلس (١٩٣/٤).
4 - في (أ،ب،ج) أكلتها .
5 - في (أ،ب،ج) تركتها .

فقط لم تطلق، ونحو هذه الصور كثير وسيأتي في [كتاب] [1] الأيمان ما يناسبها [إن شاء تعالى] [2] والله الموفق .

1 - **الزيادة من (ب) .**

2 - **الزيادة من (أ) .**

"فَصْــــــلٌ"

"**ويَصِحُّ تَوْلِيَتُهُ** " أي [و] [1]يصح من الزوج [أن يولي] [2] طلاق زوجته غيره، والتولية على ضربين تمليك وتوكيل، والتمليك أيضاً على ضربين صريح وكناية، والصريح أيضاً على ضربين، بلفظ التمليك وبغيره، وقد بينها المؤلف عليلم في لفظ الأثمار ورتبها ترتيباً بديعاً فقال:" **إما بتمليك صريح إما بلفظه فيعتبر القبول في المجلس قبل الاعراض، وإن تأخر الطلاق**" هذا هو الضرب الأول[3/] من صريح التمليك، وهو أن يصرح في التمليك بلفظ الطلاق هكذا في الغيث، قال: "وذلك نحو أن يقول قد جعلت طلاق زوجتي إليك فهذا صريح وكذا ملكتك طلاقها وهكذا إذا قال جعلت طلاق نفسك إليك أو ملكتك طلاق نفسك" انتهى هـ[4].

وقوله في الأثمار: "فيعتبر القبول إلى آخره" بيان لحكم[5] هذا الضرب وهو أنه يعتبر فيه القبول فقط، ولا يفتقر إلى نية، لكن يشترط أن يحصل القبول من المملك في المجلس الذي وقع فيه التمليك، فلو قبل المملك في غير المجلس التمليك[لم يصح][6] وإن يقع ذلك القبول من المملك قبل إعراضه فلو صدر منه قبل القبول ما بعد إعراضاً من قول أو فعل لم يصح منه القبول بعد ذلك، وقوله وإن تأخر الطلاق معناه أنه إذا حصل القبول على الصفة المذكورة صح إيقاع الطلاق من المملك، وإن تأخر إيقاعه عن مجلس التمليك، لأنه قد صار مالكاً له وأما لو لم يقبل كذلك لم يصح منه الطلاق لا في المجلس ولا في غيره، على ما سيأتي إن شاء الله [تعالى][7] هكذا في شرح الأثمار .

قوله عليلم: " **أو الأمر بِهِ مَعَ إنْ شِئْت**[8] **وَنَحْوَهُ** " هذا هو الضرب الثاني من صريح التمليك، وهو أن يأمر زوجته أو الغير بطلاقها مع لفظه إن شئت أو نحوها، فيقول لها طلقي نفسك إن شئت، أو يقول لغيرها طلقها إن شئت، أو إذا شئت أو متى شئت، أو كلما شئت، فهذه صرائح[9] في التمليك أيضاً، إذ لا يحتمل غيره لكن لا يعتبر القبول في هذا الضرب، وإنما يعتبر فيه إيقاع الطلاق من المملك في مجلس التمليك قبل إعراضه، كما

---

1 - الزيادة من (ب) .
2 - الزيادة من (أ) .
3 - نهاية ورقة ٩٥ من (أ) .
4 - الغيث المدرار ج٢(خ) .
5 - في (أ) حكم .
6 - الزيادة من (أ) .
7 - الزيادة من (أ،ج) .
8 - في (أ،ب) شيت .
9 - في (أ،ب) "صرايح".

سنذكره في كناية التمليك، وقد بين ذلك[المؤلف عليلم][1] بقوله " **أو كناية كَأَمْرُك إليك أَوْ أَمْرُهَا إلَيْك أَوْ اخْتَارِينِي أَوْ نَفْسَك فلا يعتبر إلا الطلاق أَوْ الِاخْتِيَارِ فِي الْمَجْلِسِ كذلك غالباً**" وإنما كانت هذه الألفاظ كناية تمليك للطلاق، لأنه لم يصرح فيها بلفظ الطلاق، فإذا قال لزوجته أمرك إليك أو قال لشخص آخر أمرها إليك، فهذا كناية في تمليكها طلاق نفسها، وفي تمليك ذلك الغير طلاقها، فإن نواه كان تمليكاً فلا يصح من الزوج الرجوع عنه، وإن لم ينو به التمليك كان توكيلاً فيصح الرجوع عنه قبل الفعل، كما سيأتي [إن شاء الله تعالى][2]ولا عبرة بنية الزوجة عند أهل المذهب وعلى أحد قولي ش لابد من نيتها[3].

وقوله: "أو اختاريني أو نفسك" [معناه إذ لم يأمرها بطلاق نفسها ولكن قال لها اختاريني أو نفسك] [4] فإن هذا كناية في تمليكها طلاق نفسها، ذكر معنى ذلك م بالله و ع و ط.

ولابد في التمليك بلفظ اختاري من أن يذكر فيه لفظ نفس المرأة في الإيجاب والقبول أو في أحدهما.

قال ع: فإن قالت اخترت، ولم تقل نفسي لم يكن طلاقاً، وإن كان الزوج نوى به الطلاق.

قال السيد ط: تحصيل المذهب فيه أنه لابد من ذكر النفس[5].

أمّا في كلام الزوج والمرأة جميعاً أو [في][6]أحدهما فإن لم يكن ذكر النفس لا في كلام الزوج، ولا في كلام الزوجة نحو أن يقول لها اختاري، فتقول المرأة اخترت لم يكن شيئاً.

قيل [ح][7] ل[8]: إلا أن يريدا ذلك ويتصادقا عليه[9].

قال في الغيث:" في هذا نظر لما تقدم من أنه لا عبرة بنية الزوجة"[10].

---

1 - في (ب،ج)" أيده الله " .
2 - الزيادة من (أ) .
3 - ينظر حاشية الجمل على شرح المنهج (ج٤/ص٣٤٠) .
4 - سقط من (ب) .
5 - كتاب التحرير للإمام أبي طالب يحيى بن الحسين الهاروني (١ / ٣٣٠).
6 - الزيادة من (أ).
7 - سقط من (ب).و هو رمز للفقيه يحي بن حسن البحيبح.
8 - في (ج) تقديم وتأخير ل ح .
9 - الدر المختار (ج٣/ص٣٢٠) .
10 - الغيث المدرار ج٢(خ) .

تنبيـــــهٌ: ظاهر كلام ط المتقدم أنه إذا قال الزوج اختاريني أو نفسك فقالت اخترت ولم تذكر نفسها، أنّ الطلاق يقع بذلك قال في الغيث والتحقيق أن الطلاق في هذه الصورة[1] لا يقع، ولا أظن أبا طالب يخالف في ذلك بل لا بد أن يقول اخترت نفسي لأنه خيرها بين نفسه ونفسها فلا بد أن تبين ما اختارت منهما بخلاف ما لو قال اختاري نفسك، فقالت اخترت فإن ذلك يكفي لأنه لم يقع في الإيجاب ترديد وكذلك لو قال لها اختاريني فقالت اخترت نفسي، فمقتضى كلام ط أنه[2] يقع الطلاق لأنه قد وقع ذكر النفس من أحدهما، والتحقيق عندي أنه لا يقع في هذه الصورة، لأن قوله اختاريني ليس تمليكاً للطلاق لا صريحاً ولا كناية، لأنه إنما أمرها أن تختاره، ولم يأذن لها باختيار نفسها فلا يقع شيء بقولها اخترت انتهى باختصار هـــ[3].

نعـــم وحيث لم يقع من المملك طلاق ولا اختيار فلا يقع شيء عند أهل المذهب وهو قول ح[4] وش[5] وهو مروي عن ابن عباس وابن مسعود [6].

وروى عن علي عليلم أنها إن اختارت نفسها فواحدة باينة، وإن اختارت زوجها فواحدة رجعية، وهو قول الحسن البصري[7]، وأما إذا وقع طلاق أو اختيار ممن ملك أمر الطلاق فإنه يصح وتقع واحدة رجعية بالطلاق أو الاختيار هذا هو المذهب.

قال في الزوايد: وهو قول للشافعي [8] وأحد قولي الناصر، وقال زيد بن علي وح[[9]/]: وهو أحد قولي الناصر: واحدة بائنة[10].

وفي الشفاء عن زيد بن علي والباقر والصادق: أنها إن اختارت نفسها وقعت طلقة باينة، وإن اختارت زوجها

---

1 - في (ب) الصور.

2 - في (ب) زيادة « لا»بعد « إنه » والذي يظهر أن الكلام لا يستقيم إلا بحذفه كما في النسختين (أ، ج).

3 - الغيث المدرار ج٢(خ).

4 - بدائع الصنائع ج٣/ص١١٩ .

5 - الإقناع للماوردي ج١/ص١٤٧ .

6-هو عبد الله بن مسعود بن غافل بن حبيب بن شمخ. الإمام الحبر فقيه الأمة، كان من السابقين الأولين، شهد بدرا وهاجر الهجرتين ومناقبه غزيرة، روى علما كثيرا، حدث عنه طائفة من الصحابة، وروى عنه القراءة أبو عبد الرحمن السلمي وطائفة، توفي سنة اثنتين وثلاثين. (سير أعلام النبلاء ٤٦٥/١).

7-هو الحسن بن أبي الحسن يسار البصري أبو سعيد مولى زيد بن ثابت ، وقيل جابر بن عبدالله ، ولد لسنتين بقيتا من خلافة عمر قال أبو بردة أدركت الصحابة فما رأيت أحدا أشبه بهم من الحسن البصري ،مات في رجب سنة عشر ومائة .(طبقات الحفاظ للسيوطي(٣٥/١) .

8-روضة الطالبين للنووي ط: دار الكتب العلمية- بيروت – لبنان ١٤١٢/١٩٩٢م بتحقيق الشيخ عادل محمد عبد الموجود والشيخ علي محمد معوضه (٤٧/٦).

9 -نهاية ورقة ١٠٢ من النسخة (ب) .

10 - ينظر الزوائد (خ) و الاختيار لتعليل المختار لعبد الله بن محمود ط: دار الكتب العلمية –بيروت –لبنان(١٣٥/٢).

فلا شيء [١].

وحجة أهل المذهب حديث عائشة خيّرنا رسول الله صلى الله عليه وآله[٢] فلم يحسبه طلاقاً [٣]، وفي رواية [أفكان ذلك طلاقاً][٤]، وسيأتي الحديث بتمامه إن شاء الله تعالى [٥].

وحجة أهل المذهب على أن الطلقة رجعية مع الاختيار أن قوله اختاري نفسك من ألفاظ الكنايات باتفاق، وإذا كان كذلك لم يكن أقوى من الصريح، ولقوله تعالى "**(**وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ في ذَلِكَ**)** [٦]، ولم يفصل بين حال وحال، وظاهرها يدل على أنّ للزوج الرجعة في كل طلاق إلا ما خصه دليل، ولأنه طلاق بعد الدخول من دون نشوز ولا عوض، فوجب أن يكون رجعياً وقوله في الأثمار في المجلس كذلك معناه أنّ الطلاق لا يقع إلا بالطلاق، أو الاختيار في مجلس التمليك قبل الإعراض كما تقدم، فإن طلق المملك أو اختارت نفسها بعد المجلس أو بعد ما يعد أعراضاً لم يقع شيء، وقوله غالباً احتراز من التمليك المشروط بغير إن، نحو طلقي نفسك متى شئت، أو إذا شئت أو نحوهما، فإنه لا يعتبر فيه المجلس [بل لها أن تطلق فيه وبعده، بخلاف غير المشروط بأن فإنه يعتبر فيهما المجلس][٧]على المذهب كما تقدم مرةً واحدةً، ووجه الفرق أنّ هذه الألفاظ ظروف زمانٍ

---

1 - شفاء الأوام في أحاديث الأحكام للتمييز بين الحلال والحرام، للأمير الحسين بن بدر الدين محمد اليحيوي ، المتوفى (٦٦٣هـ) (٢ / ٢٧٥).

2 - في (ب) صللم .

3-أخرجه البخاري في صحيحه (مع الفتح) - كتاب الطلاق- باب من خير أزواجه- رقم ٥٢٦٢ط:دار الحديث –القاهرة –ط١/ ١٩٩٨م بتحقيق الشيخ ابن باز ومحمد عبد الباقي (٤٤٥/٩).ومسلم - كتاب الطلاق - باب بيان أن تخيير امرأته لا يكون طلاقا إلا بالنية برقم ٣٦٦٨بلفظ " خَيَّرَنَا رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَاخْتَرْنَا اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَلَمْ يَعُدَّ ذَلِكَ عَلَيْنَا شَيْئًا"(٣١٩/١٠).

4 - في (أ) أو كان طلاقاً .وهو في صحيح البخاري- كتاب الطلاق –باب من خير أزواجه-رقم٤٩٦٣ (بدون كلمة ذلك) (ج٥/ص٢٠١٥).

5 -قلت إذا خير الزوج زوجته بين الفراق والبقاء معه لا تطلق بمجرد التخيير، وإنما إذا اختارت الطلاق فعند ذلك للزوج أن ينشئ الطلاق ويتلفظ به، ومما يدعم هذا القول الأمور التالية:

١-أن ظاهر آية التخيير أن الطلاق لا يقع بمجرد التخيير، بل لابد من إنشاء الزوج الطلاق، لأن فيها قوله تعالى: " فتعالين أمتعكن وأسرحكن"(الأحزاب: ٢٨) أي بعد الاختيار، ودلالة المنطوق مقدمة على دلالة المفهوم.

فرد الله سبحانه وتعالى الأمر إلى رسوله إذا أردن نساؤه الحياة الدنيا وزينتها أن يمتعهن ويسرحهن بنفسه، ولم يقل لهن إن كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها فأنتن طوالق .

٢- ومما يدل على أنهن إذا اخترن الدنيا فارقهن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بعد الاختيار أنه لم يكن جوابهن على الفور لقوله تعالى(فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحاً جَمِيلاً)(الأحزاب: من الآية٢٨) : حيث قال صلى الله عليه وسلم لعائشة لا تعجلي حتى تستأمري أبويك.(أخرجه البخاري في صحيحه - كتاب تفسير القرآن- باب قوله "وان كنتن تردن الله ورسوله" برقم٤٥٠٨(١٧٩٦/٤) أ-هـ .

6 - البقرة :٢٢٨.

7 - سقط من (ب) .

فقوله إذا شئت بمنزلة قوله أي وقت شئت، وكذا في متى شئت بخلاف إن فإنها ليست ظرفاً فلم تعم الأوقات .

قوله عليلم: " **ولَا رُجُوعَ فِي الكل** " أي لا يصح من الزوج الرجوع عن التمليك، في أي الصور المذكورة، ولو رجع قبل القبول بخلاف سائر العقود ووجه ذلك قياس العقد على الشرط في الطلاق، فإن الطلاق المشروط لا يصح الرجوع عنه، وإذا لم يصح مع الشرط[١/] فمع العقد أولى، وإنما صح من المرأة الرجوع في عقد الخلع، لأن الطلاق لم يصدر من جهتها، وإنما لم يصح من الزوج الرجوع في شرط الطلاق وصح في غيره،[٢] لأن الرجوع بالطلاق إلى إسقاط الحقوق والرجوع عن الإسقاط لا يصح، ذكر معنى ذلك الإمام المهدي عليلم .

تنبيـــــهٌ: قال في شرح الأثمار ما لفظه [و] [٣]اعلم أن المؤلف عليلم قد حرر قول أهل المذهب في التمليك بذلك التفصيل المقدم ذكره وهو نظر عجيب وتفصيل صحيح لازم، وهو الموافق لقواعد أهل المذهب، لأنّ كتبهم مبنية على ذلك، إذ لم يجعلوا اشتراط حصول الطلاق أو الاختيار في المجلس إلا في القسم الثاني، وأما القسم الأول فبنوه على ما قد عرف من القاعدة الكلية، وهي أن التمليك يفتقر إلى القبول إذ لا يصح من الملك التصرف إلا بعد الملك، وهو لا يحصل إلا بالقبول ذكر معنى ذلك المؤلف عليلم ، قال وقد ذكر معنى ذلك الفقيه س في تعليق اللمع وقال وهو المفهوم من عبارة البحر بل ذلك كالصريح حيث قال:" مَسْأَلَةٌ "(ة قِين) [٤]ويعتبر في التمليك اختيارها نفسها إذ هو كالقبول [٥].

فجعل الاختيار في القسم الثاني قائم مقام القبول، يعني في القسم الأول.

قال المؤلف عليلم:" ولا يصح أن يقال أن كلام أهل المذهب مبني على أنه لا يشترط القبول مطلقاً، وأنه يشترط الطلاق أو الاختيار في المجلس مطلقاً، لأن ذلك لا يستقيم عليه معنى الكلام [٦/] بل إنما يعتبر لفظ القبول في لفظ التمليك، وهو حيث يكون على صفة العقد لا في نحو طلّق أو[٧] اختاري فإنما يتصور القبول فيه بالامتثال فقط في هذا وفي غيره، فما كان على صفة العقد اعتبر فيه المطابقة بين اللفظين وما كان بصفة الأمر اعتبر فيه

---

1 - نهاية ورقة ٩٦ من (أ) .

2 - سيأتي في آخر فصل التعزير أنه لا يصح الرجوع في الشرط على المذهب فأطلق ذلك هناك ولم يفرق بين الشروط في تمليك الطلاق وغيره فينظر في ذلك هـــ تمت .(تعليق من ب ،ج في الحاشية).

3 - الزيادة من (ب) .

4 - رمز للعترة والفريقين(أصحاب أبي حنيفة والشافعي).

5 - البحر الزخار (ج ٧ / ص ١٩٢).

6 -نهاية ورقة ١٠٣من النسخة (ب) .

7 - في (ب) (و) مكان أو.

الامتثال، لأنه لا يتهيأ فيه المطابقة بالقول، لأنه إن أتى [١] به ماضياً خالف الأمر لأنه مستقبل، وإن أتى به مستقبلاً كان عدةً لا قبولاً فليتأمل، وهذا الذي ذكره المؤلف عليلم قد ذكر معناه الفقيه ف وهو المفهوم من شرح النجري[٢] إذ جعله عقداً والعقد هو الإيجاب والقبول انتهى .

تنبيـــــهٌ: والأصل في تولية الطلاق أنّ النبي صلى الله عليه وآله خيّر أزواجه بعد نزول قوله تعالى{يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُل لِّأَزْوَاجِكَ}[٣] الآيتين ولفظ الحديث المذكور فيما أخرجه مسلم[٤] من رواية جابر[٥] وهو طرفٌ من حديثه قال ثم نزلت هذه الآية(يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُل لِّأَزْوَاجِكَ) حتى بلغ (لِلْمُحْسِنَاتِ[٦] منكُنَّ أَجْراً عَظِيماً) [٧] قال فبدأ بعائشة فقال يا عائشةَ إني أريد أن أعرض عليك أمراً أحبُّ أن لَا تَعْجَلِي فيه حتى تَسْتَشِيرِي أَبَوَيْكِ قالت[٨] وما هو يا رَسُولَ اللَّهِ فَتَلَا [عليها][٩] الْآيَةَ قالت[١٠] أَفِيكَ يا رَسُولَ اللَّهِ أَسْتَشِيرُ أَبَوَيَّ بَلْ أَخْتَارُ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَالدَّارَ الْآخِرَةَ وَأَسْأَلُكَ أَنْ لَا تُخْبِرَ امْرَأَةً من نِسَائِكَ بِالَّذِي قلت قال لَا تَسْأَلُنِي امْرَأَةٌ منْهُنَّ إلا أَخْبَرْتُهَا إِنَّ اللَّهَ لم يَبْعَثْنِي مُعَنِّتًا ولا مُتَعَنِّتًا وَلَكِنْ بَعَثَنِي مُعَلِّمًا مبشراً [١١][١٢] وأخرج غير

---

1 - في (أ) كتبت أتا.

2 - هو علي بن محمد بن أبي القاسم النجري ، الفقيه جمال الدين، كان عالماً، فقيهاً، محققاً، متقناً، شارح الأزهار المعروف بشرح النجري، سمع الأزهار على الإمام المهدي وكان له عناية بعلم الإمام المهدي في الفروع، ولازمه وسأله عن مقاصده، توفي نحو ٨٤٠ هـ. طبقات الزيدية الكبرى (ج ٢ / ص ٢١٦).

3 - الأحزاب:٢٨.

4- هو مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري أبو الحسن النيسابوري ، الإمام الحافظ صاحب الصحيح، روى عن قتيبة وعمرو الناقد وابن المثنى وخلق وعنه الترمذي وأبو عوانة وخلق قال النيسابوري ما تحت أديم السماء أصح من كتاب مسلم ، قال الحاكم له من الكتب المسند الكبير على الرجال والجامع على الأبواب والأسماء والكنى ، قال أحمد بن سلمة عقد لمسلم مجلس المذاكرة، فذكر له حديث فأنصرف إلى منزله، وقدمت له سلة فيها تمر فكان يطلب الحديث ويأخذ تمرة تمرة، فأصبح وقد فني التمر، ووجد الحديث، فكان ذلك سبب موته ، مات في خمس بقين من رجب سنة إحدى وستين ومائتين ،وقال غيره ولد سنة أربع ومائتين (تهذيب التهذيب ١١٣/١٠) .

5-هو جابر بن عبد الله بن عمرو بن حرا م بن ثعلبة بن حرام الأنصاري الخزرجي السلمي المدني الفقيه ، الإمام الكبير المجتهد الحافظ صاحب رسول ، من أهل بيعة الرضوان ، روى علما كثيرا عن النبي r وعن عمر وعلي وأبي بكر وطائفة ، حدث عنه ابن المسيب وعطاء وآخرون ، كان مفتي المدينة في زمانه ،شهد الخندق وبيعة الرضوان غزى مع رسول الله ست عشرة غزوة مات سنة ثمان وسبعين وهو ابن أربع وتسعين سنة ، وكان قد ذهب بصره . (سير أعلام النبلاء ١٨٩/٣) .

6 - في (أ) "المحسنات" وهو خلاف الآية.

7 - الأحزاب:٢٩.

8 - في (أ) "فقالت" والصحيح ما أثبته.

9 - سقط من (أ).

10 - في (أ) "قالت "والصحيح ما أثبته.

11-في متن الحديث" مُيَسِّرًا".

12-أخرجه مسلم في صحيحه -كتاب الطلاق –باب بيان أن تخيير امرأته لا يكون طلاقا إلا بالنية .برقم١٤٧٨(ج٢/ص١١٠٤).

مسلم حديثاً آخر نحوه من رواية عائشة[1]، وقال في إحدى رواياته:" ثُمَّ فَعَلَ أَزْوَاجُ رسول اللَّهِ صلى الله عليه وسلم[2]مِثْلَ ما فَعَلْت[3] [عائشة]"[4].

وعن مَسْرُوقٍ [5]قال: ما أُبَالِي خَيَّرْتُ[6] امْرَأَتِي[وَاحِدَةً][7]أو مِائَةً أو أَلْفًا بَعْدَ أَنْ تختارني وَلَقَدْ[8] سَأَلْتُ عَائِشَةَ فقالت: "خَيَّرَنَا رسول اللَّهِ صلى الله عليه وسلم فَاخْتَرْنَاه فَلَمْ يَعُدَّ ذَلِكَ عَلَيْنَا شَيْئًا" أخرجه البخاري ومسلم[9] وغيرهما [10].

وعن علي [عليه السلام] [11]إذا قال الرجل لامرأته: "أمرك بيدك فالقضاء ما قضت"[12] حكاه في الغيث[13].

قوله عليلم: " **وَإِمَّا بِتَوْكِيلٍ فَلَا يُعْتَبَرُ الْمَجْلِس** "هذا هو القسم الثاني من قسمي التولية، وصوره واضحة نحو أن يقول وكلتك على طلاق نفسك، أو يقول لأجنبي وكلتك أو أمرتك [على][14] أن تطلقها.

قال في الغيث: [و][15] اعلم أنّ كنايات التمليك إذا لم ينو بها التمليك كانت توكيلاً وكذا أمرها بطلاق نفسها كطلقي نفسك من دون أن يقرن به إن شئت أو[16] أمر غيرها بذلك [1].

1- كالبخاري في صحيحه -بَاب وَإِنْ كُنْتُنَّ تُرِدْنَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَالدَّارَ الْآخِرَةَ -رقم ٤٥٠٨ (ج٤/ص١٧٩٦).

2-في (أ،ج) النبي صللم .

3- أخرجه مسلم في صحيحه -كتاب الطلاق –باب بيان أن تخيير امرأته لا يكون طلاقا إلا بالنية -رقم١٤٧٥(ج٢/ص١١٠٣).

4 - الزيادة من (أ) وهي غير وارد ة في الحديث .

5-هو مسروق بن الأجدع الإمام القدوة أبو عائشة الوادعي الهمداني الكوفي ، قيل انه سرق في صغره ثم وجد فسمي مسروقاً، حدث عن أبى بن كعب وعمر، و أبى بكر الصديق ، وطائفة، وعنه الشعبي وإبراهيم النخعي وآخرون ، كان ثقة، له أحاديث صالحة ،كان يقرئ الناس القرآن ويعلمهم السنة، مات سنة اثنتين وستين.(سير أعلام النبلاء (٤/٦٤).

6 - في (أ) "أخيرت" والصحيح ما أثبته .

7 - سقطت من (أ).

8-في (ج) « ولكن » بدل « ولقد » والصحيح ما أثبته.

9-لقد أدرج المصنف رواية البخاري في رواية مسلم فرواية البخاري بلفظ "خَيَّرَنَا رَسُولُ اللَّه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْه وَسَلَّمَ فَاخْتَرْنَا اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَلَمْ يَعُدَّ ذَلِكَ عَلَيْنَا شَيْئًا"ينظر صحيح البخاري -كتاب الطلاق- باب من خير أزواجه- رقم ٤٩٦٢(ج٥/ص٢٠١٥). ورواية مسلم بلفظ"عن مَسْرُوقٍ قال ما أُبَالِي خَيَّرْتُ امْرَأَتِي وَاحِدَةً أو مِائَةً أو أَلْفًا بَعْدَ أَنْ تختارني وَلَقَدْ سَأَلْتُ عَائِشَةَ فقالت قد خَيَّرَنَا رسول اللَّه r أَفَكَانَ طَلَاقًا وفي رواية أخرى بلفظ " عن مَسْرُوقٍ عن عَائِشَةَ قالت خَيَّرَنَا رسول اللَّه r فَاخْتَرْنَاهُ فلم يَعْدُدْهَا عَلَيْنَا شيئا " ينظر صحيح مسلم كتاب الطلاق -باب بيان أن تخيير امرأته لا يكون طلاقا إلا بالنية (ج٢/ص١١٠٤).

10 - كالنسائي في السنن الكبرى- كتاب الطلاق –باب في المخيرة تختار زوجها- رقم ٥٦٣٨ (ج٣/ص٣٦٣).

11- الزيادة من (ب) .

12- أخرجه عبد الرزاق في مصنفه -كتاب الطلاق- باب المرأة تملك أمرها فردته هل تستحلف-رقم ١١٩١٠- بلفظ "إذا جعل أمرها بيدها فالقضاء ما قضت هي وغيرها سواء"(ج٦/ص٥١٩) (وفي (أ) "ما قضيت".

13 -الغيث المدرار ج٢(خ).

14 - الزيادة من (ب).

15 - الزيادة من (ب،ج).

16 - في (ب، ج) « و » مكان« أو ».

كذلك وقوله "فلا يعتبر المجلس" معناه أن التوكيل في الطلاق يخالف التمليك في اعتبار المجلس فيعتبر في التمليك كما مر، ولا يعتبر في التوكيل فإذا وكلها في طلاق نفسها أو وكل غيرها بطلاقها[٢] كان لكل منهما إيقاع الطلاق في مجلس التوكيل وبعده، ووجه ذلك أنّ الأمر إذا أطلق لم يختص به وقت دون وقت، إلا لمخصص ولا مخصص في التوكيل .

قال في الغيث فــرع[٣] قال أصحابنا: إذا قال الرجل لامرأته طلقي نفسك فقالت طلقتك لم يكن شيئاً، ولو قالت أبنتك وقعت تطليقة واحدة، لأنه جوابٌ مطابق، قال والوجه في ذلك أن الرجل يوصف بأنه باين، ولا يوصف بأنه طالق فلو قالت طلقت أو طلقتها وقع الطلاق، وكذا لو قالت حرمتك أو أنت على حرام، وعن ك وش يقع في الجميع [٤].

قوله عليلم: " **وَيَصِحُّ الرُّجُوعُ قَبْلَ الْفِعْلِ مَا لَمْ يَحْبِسْ إلَّا بِمِثْلِهِ** "أي ويصح من الزوج الرجوع عن الوكالة بالطلاق، وذلك بأن يعزل الوكيل قبل فعله الطلاق، لأن فعل الوكيل مستند إلى أمر الموكل وإرادته، فإذا عزله بطل الأمر بخلاف ما إذا عزله بعد الفعل، إذ قد نفذ الفعل كما لو فعله بنفسه، وإنما يصح الرجوع عن الوكالة ما لم يحبسها، فإن حبسها لم يصح الرجوع، وصورة التحبيس على ما ذكره م بالله أن يقول وكلتك على طلاق زوجتي، ومتى عزلتك عن هذه الوكالة فأنت وكيلي أيضاً، إلا أن ينقض التحبيس بمثله، فإنه ينتقض وصورة ذلك أن يقول كلما صرت وكيلاً صرت معزولاً، فلا يبقى وقت يصير فيه وكيلاً إلا ويصير معزولاً، وكذا حيث يعزل الوكيل نفسه، فإن ذلك ينقض التحبيس في هذه الصورة، وإذا طلق الموكل كان طلاقه عزلاً للوكيل، فيكون حيلةً في نقض تحبيس الوكالة.

قوله عليلم: " **ويدخلهما التكرار والتقييد والتوقيت** [٥] "أي يدخل التمليك والتوكيل كلٌ من الثلاثة الأمور المذكورة، أما التكرار في التمليك فنحو أن يقول طلقي نفسك كلما شئت، أو طلقها يا زيد كلما شئت، وأما في التوكيل فنحو أن يقول وكلتك أن تطلقها كلما شئت أو نحو ذلك .

وأما التقييد والمراد به التقييد بالشرط فصورته في التمليك، أن يقول إذا جاء زيد فقد ملكتك طلاق زوجتي، وفي التوكيل فقد وكلتك [بطلاقها ونحو ذلك، وأما التوقيت فنحو أن يقول قد ملكتك طلاق زوجتي غداً ويقبل، أو قد وكلتك][٦]أن تطلقها غداً أو نحو ذلك، هذا

---

1 - الغيث المدرار ج٢(خ).
2 - في (ج) « بطلاقهما ».
3 - في (أ) تنبيه .
4 - الغيث المدرار ج٢(خ)و شرح مختصر خليل (ج٤/ص٧٣)و روضة الطالبين (ج٧/ص٤٠٥).
5 - تقديم وتأخير ففي (أ) ويدخلهما التكرار والتوقيت والتقييد. والصحيح ما أثبته.
6 - سقط من (ب) .

مقتضى[1/] ظاهر عبارة الأثمار إلا أن دخول التقييد والتوقيت في التمليك محتمل للنظر، والله أعلم .

وإنما عدل عن قوله في الأزهار "ولا تكرار إلا بكلما في التمليك" وعن قوله في التوكيل(٢) "ومطلقة لواحدة على غير عوض"(٣) إلى قوله "ويدخلهما التكرار" للاختصار، وليتناول حصول التكرار بغير كلما كمتى عند المؤيد[بالله](٤) في التوكيل، ولأن قوله ومطلقه لواحدة على غير عوض، قد فهم من إطلاق العبارة، إذ الزيادة على واحدة وجعلها على عوض لا يتناولهما مطلق التوكيل، إذ هو أمر مجرد الطلاق وهما صفتان زايداتان لم يؤمر بهما .

قوله عليلم: "**والْقَوْلُ بَعْدَ الْوَقْتِ لِلْأَصْلِ لا فيه** (٥) **الإمام غالباً** " يعني إذا أمر الزوج وكيله أن يطلق زوجته في وقتٍ معينٍ نحو أن يقول طلقها غداً أو في شهر كذا أو نحو ذلك، ثم اختلفا هل طلق الوكيل في الوقت الذي عينه الموكل، أو في غيره فإن وقع اختلافهما بعد مضي ذلك الوقت فالقول للزوج، حيث ادعى عدم وقوع الطلاق، لأن الوكيل قد انعزل بعد مضي الوقت(٦) والأصل عدم إيقاعه الطلاق في ذلك الوقت، وإن وقع اختلافهما بعد مضي ذلك الوقت فالقول للوكيل، في أنه قد طلق فيه، إذ هو غير منعزل لبقاء الوقت، وإذا كان غير منعزل صح منه الإنشاء في تلك الحال، ومن صح منه الإنشاء صح منه الإقرار فإن قيل الوكيل ينعزل بالفراغ مما وكل فيه، فإذا ادعى أنه قد طلق قبل التخاصم، فقد أقر على نفسه بالانعزال، [وإذا صار معزولاً لم يصح](٧) منه الإنشاء فلا يصح منه الإقرار[فالجواب عن ذلك أن حال(٨) إقراره حكما بصحته، لأنه لو جعل بدله إنشاء لصح، ثم حكما بالعزل عقيب الحكم](٩) بوقوع الطلاق فالحيلة للموكل أن يقدم عزل الوكيل على المخاصمة، لأنه حينئذ لا يصح منه الإنشاء حال المخاصمة،[١٠/] فلا يصح منه الإقرار ذكر معنى ذلك في الغيث وغيره(١١).

---

1 - نهاية ورقة ٩٧ من (أ) .
2 - الأزهار (ج ١ / ص ٧٥).
3 - الأزهار (ج ١ / ص ١٧٨).
4 - الزيادة من (أ) .
5 - في (ب، ج) "لا حاله" بدل "لا فيه".
6 - في (ج) تقديم وتأخير . "لأن الوكيل بعد مضي الوقت قد انعزل".
7 - الزيادة من (ب،ج) وأصل العبارة في (أ)بعد كلمة بالانعزال "وإذا صح منه الإنشاء".
8 - في (أ) حالة .
9 - ما بين المعقوفين سقطت من (ب) واستدركت في الحاشية .
10 -نهاية ورقة ١٠٤ من النسخة (ب) .
11 - الغيث المدرار ج٢(خ).

وقوله الإمام غالباً إشارة إلى[ضعف][1] ما ذكره الإمام المهدي عليلم في البحر، حيث قال قلت حيث ابتدأ وإلا كان إنكار الزوج عزلاً، إن فهم منه كراهة إيقاعه [2].

والمؤلف عليلم اختار تبقية كلام أهل المذهب على عمومه وهو أنّ القول بعد الوقت للأصل في نفي الفعل لا فيه [3]فللوكيل مطلقاً والله أعلم هــ.

---

1 - الزيادة من (أ) .

2 - البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار (ج ٧ / ص ٢٤٥) .

3 - في (ب،ج) "لا حاله" مكان "لا فيه" .

كتَابُ الْخُـــــلْعِ

"**هو طلاق عَلَى عِوَضٍ مَالٍ أَوْ فِي حُكْمِه** " الأصل في الخلع، قوله تعالى**(** فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللّهِ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ [تِلْكَ حُدُودُ اللّهِ] [١]**)**[٢] ونحو[٣] حديث ابن عَبَّاسٍ في البخاري، أَنَّ امْرَأَةَ[٤] ثَابِتِ بن[٥] قَيْسٍ[٦]، أَتَتْ النبي [صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ] [٧] وآله [وسلم] [٨]فقالت يا رَسُولَ اللَّهِ ثَابِتُ بن قَيْسٍ ما أَعْتِبُ[٩] عليه في خُلُقٍ ولا دِينٍ وَلَكِنِّي أَكْرَهُ الْكُفْرَ في الْإِسْلَامِ [تعني تبغضه] [١٠] فقال[١١] رسول الله [صلى الله عليه وآله][١٢] أَتَرُدِّينَ عليه حَدِيقَتَهُ قالت: نعم قال رسول اللَّهِ صلى الله عليه وآله:" أقبل الْحَدِيقَةَ وَطَلِّقْهَا تَطْلِيقَةً " [١٣]، وإنما أسقط المؤلف عليلم ذكر الزوج المخالع وصفاته هاهنا، اكتفاء بذكر ذلك في أول كتاب الطلاق، لأن الخلع أحد نوعيه، فيعتبر فيه ما يعتبر فيه، ولذلك ابتدأ بقوله هو طلاق على عوض [إلى آخره] [١٤]، معناه أنه لا يكون خلعاً إلا إذا وقع على عوض مال، أو في حكم المال، فالمال طاهر وأقله ما يتمول في العادة، فلا يصح كونه خمراً، أو خنزيراً أو نحوهما، في حق المسلم، والذي في حكم المال ما يصح أن تعقد عليه الإجارة، نحو أن يطلقها على أن تخيط له قميصاً أو نحو ذلك.

---

1 - الزيادة من (ب) .
2 - البقرة:٢٢٩.
3 - في (أ) ونحوه .
4 - هي جميلة بنت أبي بن سلول، وقيل إنها حبيبة بنت سهل الأنصارية، والراجح الأول، كناها ابن المسيب أم جميل، وكانت قبل ثابت بن قيس تحت حنظلة بن أبي عامر الغسيل، ثم تزوجها بعد ثابت بن قيس، مالك بن الدخشم ثم تزوجها بعده خبيب بن أساف الأنصاري . الاستيعاب (١٨٠٢/٤).
5 - في (أ) ابن وكذا في البقية.
6 - هو ثابت بن قيس بن الشماس الأنصاري كنيته أبو محمد، وكان خطيب الأنصار وقائلهم، قال فيه النبي صلى الله عليه وسلم، نعم الرجل ثابت بن قيس ، قتل يوم اليمامة في عهد أبى بكر الصديق t وكان أبو بكر قد أمّره على الأنصار في ذلك الجيش. ينظر مشاهير علماء الأمصار (ج١٤/١).
7 - في (ج) صللم .
8 - الزيادة من (ج).
9 - في (أ) أعيب والصحيح ما أثبته.
10 - إدراج من المصنف .
11 - في (أ،ب)قال .
12 - في (ج) رمز بـــ صللم . وكذا في بقية النسخة.
13 - أخرجه البخاري في صحيحه - كتاب الطلاق - بَاب الْخُلْعِ وَكَيْفَ الطَّلَاقُ فيه، رقم ٤٩٧١ (ج ٥ ص ٢٠٢١).
14 - في (ج) الخ .

ومن هذا النوع أن يقول لها أنت طالق على أن تهبي لي كذا، فإن هذا في حكم المال، لأن العوض هو لفظ الهبة، لكنه يؤول[1] إلى المال فلو كان العوض ليس بمال ولا ما يؤول إليه، لم يصح الخلع نحو على أن تدخلي الدار ونحوه،

لكنه[2] يقع رجعياً إذا قبلت، وقيل: بل تطلق رجعياً وإن لم تقبل [3].

قوله عليه السلام [4] :" **للزوج من زوجته مكلفة ولو [محجورة]** [5]**ناشزة من**[6] **أي واجب أو خائفة له** " أي يشترط أن يكون العوض للزوج، فلو كان لغيره نحو أن يقول أنت طالق على ألف لزيد، أو نحو ذلك لم يكن خلعاً، بل إذا قبلت وقع رجعياً، وإنما حذف قوله في الأزهار" أَوْ بَعْضُهُ "[7] لأن الصائر إلى غير الزوج ليس من عوض الخلع، وإنما يقع[8] الخلع بالقدر الصائر إلى الزوج، وأما الصائر إلى غيره فله حكم اللفظ من هبة أو غيرها، وحذف أيضاً قوله "غَالِبًا "[9] لأنه احترز [به] [10]من أن يخالع العبد زوجته، فإن الخلع يصح مع أن العوض صائر إلى سيده.

واختار المؤلف عليلم [11] أن العوض قد دخل في ملك العبد لحظة إذ لولا ذلك لما صح الخلع، هكذا نقل عن المؤلف عليلم [12].

فإن قيل: إذا كان البعض الصائر إلى غير الزوج ليس من جملة عوض الخلع لزم أن يصح الخلع به، وإن لم تملك الزوجة الغير البعض الآخر، والجواب أن البعض الذي لغير الزوج، وإن لم يكن من جملة عوض الخلع، فقد شرط به فلا يقع الخلع إلا بأن تملك الغير ذلك البعض، لا لكونه عوض الخلع بل لكونه شرطاً، ذكر معنى ذلك في الغيث [13].

تنبيـــه: وعلى القول بأن البعض المشروط لغير الزوج ليس من جملة عوض الخلع، يكون للزوجة الرجوع[/14]فيه ما لم يكن المشروط له ذا رحم لها، والله أعلم.

---

1 - في (أ، ب) يؤل.
2 - في (ب) لكن .
3 - شرح الأزهار (ج ٢ / ص ٤٥٩).
4 - في (أ) عليلم و(ج) أيده الله وكذا في بقية النسختين.
5 - سقط من المخطوط .
6 - في الأثمار عن بدل من .
7 - الأزهار - (١ / ٧٦).
8 - في (أ) يصح .
9 - الأزهار (١ / ٧٦).
10 - الزيادة من (ج) .
11 - في (ب) أيده الله .
12 - في (ب) عنه أيده الله.
13 - الغيث المدرار ج٢(خ) .
14 - نهاية ورقة ١٠٤ من (ب).

وقوله: "من زوجته إلى آخره"، معناه أنه يشترط في صحة الخلع حيث[يكون] [١] العوض من الزوجة أن تكون مكلفة، أي بالغة عاقلة حال عقد الخلع، ولو كانت محجورة عن التصرف حينئذ، فإن الخلع يصح ويكون[٢] العوض في ذمتها، وكذا لو كانت مملوكة، لكن إن كانت مأذوناً لها في المخالعة كان العوض من مال السيد، وإن كانت غير مأذونة في ذلك كان العوض في ذمتها وقد صح الخلع بالقبول[٣] هذا في العقد، وأما في الشرط فلا يصح الخلع إلا بتسليم العوض المشروط من السيد أو منها، فإن دلست بأنها حرة أو مأذونة، فلعل العوض يتعلق برقبتها والله أعلم.

وإنما عدل المؤلف [عليلم][٤] عن قوله في الأزهار" صَحِيحَةَ التَّصَرُّفِ "[٥] لإيهامه أن المخالعة لا تصح من المحجورة، فيناقض قوله " وَلَوْ مَحْجُورَةً "[٦]، وإنما المراد أن تكون مكلفة كما تقدم، فلو كانت صغيرة أو مجنونة لم تصح منها المخالعة بنفسها، كسائر عقودها.

ويشترط أيضاً في صحة الخلع حيث يكون العوض من الزوجة، أن تكون حال الخلع ناشزة عن شيء مما يجب عليها للزوج من فعل، أو ترك أو خائفة لذلك من[٧/] نفسها في المستقبل، وإن كانت في الحال غير ناشزة، هكذا اختار المؤلف عليلم لظاهر الآية، وهذا من الزوايد [٨].

قال في شرح الأثمار:" وهو الذي في التذكرة وغيرها [٩]، وقد تقدم ذكر ذلك في شرح المقدمة، ولأنهم قد ذكروا أنه يصح على النفقة وهي ساقطة في الحال، وأجابوا عن ذلك بأجوبة صحح المؤلف أيده الله[١٠] منها جواب الفقيه ل، أنه مبني على صحة الخلع مع خوف النشوز، إذ لا يستقيم كلامهم إلا على ذلك انتهى هـ[١١].

---

1 - الزيادة من (أ) .
2 - في (أ) يبقى بدل يكون.
3 - في (ب) بالقول .
4 - الزيادة من (أ) .
5 - شرح الأزهار - (ج ٢ / ص ٤٣٥).
6 - المرجع السابق.
7 - نهاية ورقة ٩٨ من (أ) .
8 - شرح الأزهار - (ج ٢ / ص ٤٣٦).
9 - التذكرة الفاخرة صـ ٢٨٨.
10 - في (أ) عليلم .
11 - ينظر شرح الأزهار - (ج ٢ / ص ٤٤٣).

نعـــــم واشترط نشوز الزوجة في صحة الخلع، حيث العوض منها[1] هو قول الهادي والقاسم

والناصر[2] وجماعة من التابعين، ورواية عن ك،[3] فلا يصح عندهم من دون نشوز، ولا خوف نشوز منها، لقوله تعالى:**(** وَلاَ يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُواْ مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئاً إِلاَّ أَن يَخَافَا أَلاَّ[4] يُقِيمَا حُدُودَ اللّهِ **)**[5] [الآية] [6]، وذهب المؤيد[7] [بالله] [8] والفريقان، وهو رواية عن ك إلى صحة الخلع بالتراضي من دون نشوز، لقوله تعالى **(** فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْساً فَكُلُوهُ هَنِيئاً مَّرِيئاً **)** [9] ولم يفصل [10].

قال في البحر قُلْت: حُجَّتُنَا أَصرَحُ وَأَرْجَحُ لِلْحَظْرِ وَالْقِيَاسِ، إذْ هُوَ طَلَاقٌ لَا لِخَوْفِ تَعَدٍّ، فَلَا يَحِلُّ الْعِوَضُ عَلَيْهِ، كَلَوْ[11] كَانَ النُّشُوزُ مِنْ الزَّوْجِ بِالتَّضَرُّرِ انتهى [12].

وحيث يتضررها الزوج لتفتدي منه يكون الخلع محظوراً، لقوله تعالى **(**وَلاَ تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُواْ بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ **)**[13] فيأثم ويحرم عليه أخذ العوض، ويقع الطلاق رجعياً في العقد، وأما في الشرط فلا يقع الطلاق أصلاً، لتوقف وقوع المشروط على شرطه، ذكر معنى ذلك في البحر وغيره، وقال فيه: فَرْعٌ " فَإِنْ رَكِبَتْ فَاحِشَةً فَمَنَعَهَا حَقَّا فَخَالَفَتْهُ فَوَجْهَانِ : أَصَحُّهُمَا لَا يَصِحُّ ، إذْ هُوَ عَقْدٌ فَلَا يَصِحُّ مَعَ الْإِكْرَاهِ ، وَقِيلَ : يَصِحُّ لِقَوْلِهِ تعالى **(** إِلاَّ أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ **)** [14] .

---

1 - سؤال إذا فعل الزوج مع زوجته فعلاً ضاراً فكان سبباً في نشوزها هل يبرأ من حقوقها وإن لم تبره أم لا ؟ يعني نفقتها ونحوها لا المهر فلا يبرأ منه إلا بالبراء.

الجواب : أنه يأثم بذلك ولا يبعد صحة الخلع هذا مع نشوزها وإن كان سببه منه أولاً إذ إضراره لها لا يبيح لها النشوز الذي هو نقيضه، هذا ما اقتضاه النظر ولبعض العلماء أن ذلك يقتضي عدم صحة الخلع لأن الزوج العاصي وفيه نظر لأن تمرده لا يبيح لها النشوز كما ذكروا أنها لا تمتنع منه مع الخلوة وإن كان يتمرد اللهم إلا أن يصح اتفاق في المسألة ....يقال هب لا =يستقيم نشوز مع الإضرار منه بسوء العشرة ونحوها. وأما حيث ضاررها لتعطيه فمحظور إجماعاً .تمت (تعليق في الحاشية من (أ) .

2 -ينظر شرح الأزهار - (٢ / ٤٣٧).

3 - المدونة الكبرى ج٥/ص٣٣٥.

4 - كتبت في (ب) (أن لا).

5 - البقرة:٢٢٩.

6 - الزيادة من (أ،ج) .

7 - في (أ، ج) "م" .وكذا في بقية النسختين .

8 - الزيادة من (أ،ج) . وكذا في بقية النسختين .

9 - النساء: ٤.

10 - ينظر المدونة الكبرى ج٥/ص٣٣٥ .و شرح الأزهار (ج ٢ / ص ٤٣٧) .

11 - في (أ) وكلو.

12 - البحر الزخار (٧ / ٢٥٧) .

13 - النساء:١٩.

14 - النساء:١٩.

قُلْنَا : الآية مَنْسُوخَةٌ بِقَوْلِهِ تعالى: ﴿ وَاللاَّتِي يَأْتِينَ الْفَاحِشَةَ[مِن نِّسَآئِكُم﴾[١] الآية][٢]وَقَدْ جَعَلَ اللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا بِالْجَلْدِ وَالرَّجْمِ [٣].

قلت: كما ورد في الحديث وسيأتي.

وفي الغيث ما لفظه " والحجة على جواز أخذ العوض منها حيث وجدها الزوج على فاحشة، وإن لم تكن كارهة له، أنّ ذلك منها أبلغ نشوز ومخالفة فصح العوض، وقد ورد النص به حيث قال تعالى ﴿ إِلاَّ أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ ﴾ [٤] انتهى [٥].

وقوله:" ناشزة " عن أي واجب، يعني مما يجب عليها لزوجها لأجل الزوجية، فيتناول ذلك كل فعل وترك يجبان له عليها، فمن الفعل أن يأمرها بالوقوف في موضع [فتمتنع لغير عذر، فإنه نشوز، أو يدعوها للوطء فتمتنع، أو طلب منها الانتقال إلى موضع] [٦] فتأبى، لا لعذر مسوغ ونحو ذلك.

وأما الترك فنحو أن يأمرها بترك شيء يكرهه فلا تتركه، كأن ينهاها عن الخروج من منزله، ولو إلى بيت أهلها فتخرج ونحو ذلك.

ومن النشوز بالترك أن تؤذيه بلسانها بشتم أو غيره، أن[٧] تقول لا أطأ لك فراشاً، ولا أطيع لك أمراً، ولا أبر لك قسماً.

قال ابن أصفهان[٨]: إذا أغضبته في شيء كانت ناشزة، وإن لم تطلبه الطلاق،[٩] وقال ص بالله :طلبها الخلع نشوز [١٠].

قال في الغيث: فأما مجرد طلبها للطلاق، فإنه ولو كان نشوزاً فقد يجوز لها طلبه إذا خافت أن لا يقيم حدود الله.

---

1 - النساء:١٥.
2 - الزيادة من (أ وج) .وليست مذكورة في المرجع .
3 - البحر الزخار (٧ / ٢٥٨) .
4 - النساء١٩.
5 - الغيث المدرار ج٢(خ).
6 - الزيادة من (ج) .
7 -في(أوج) أو بدل أن.
8 - هو علي بن أصفهان الجيلي [... - ق ٥ هـ ت] الشيخ الحافظ: حافظ النصوص من أهل البيت عليهم السلام ، يروي فقه المؤيد بالله والهادي والقاسم عن أبي علي بن آموج الجيلي، وروى عنه ولده أبو منصور. . طبقات الزيدية الكبرى (القسم الثالث) - (٢ / ١٢٨).
9 - شرح الأزهار - (ج ٢ / ص ٤٣٦) .
10 - المرجع السابق.

قال أبو مضر: ويجوز لها طلب الطلاق، لسوء خلق الزوج أو[1]إضراره بها في الفراش وغيره.

قال الإمام عليه السلام [2]: و[كذا] [3] لو لم يكن مضراً بها، لكن في قلبها نفرة عنه وخافت أن لا توفيه حقوقه، لخبر جميلة [4]

يعني زوجة ثابت بن قيس[5] فيجوز لها طلب الطلاق مع أنها تسمى ناشزة، ولا تكون عاصية بهذا النشوز، لأن النبي صلى الله عليه وآله قررها على ذلك ولم يزجرها عنه، ولا بين أنها عاصية لله [تعالى] [6] مع كونه في محل التعليم، فأما قول النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وآله " الْمُخْتَلِعَاتُ[7] هُنَّ الْمُنَافِقَاتُ "[8] وقوله في حديث آخر "المُتَبرعَاتُ و الْمُخْتَلِعَاتُ هُنَّ الْمُنَافِقَاتُ"[9] فالمراد بذلك من اختلعت لا لسبب إلا لمجرد[10] التشهي والتخير، مع تمكنها من طاعة الزوج وإقامة حدود الله [تعالى] [11] معه، فإنها تكون عاصية آثمة بذلك، [كما] [12] يدل[عليه] [13] الحديث الآخر الذي أخرجه الترمذي من رواية ثوبان[14]، أن رسول اللهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وآله أَنَّهُ قَالَ " أَيُّمَا امْرَأَةٍ اخْتَلَعَتْ مِنْ زَوْجِهَا مِنْ غَيْرِ بَأْسٍ لَمْ تَرِحْ رَائِحَةَ الْجَنَّةِ"[15] هـ[1].

---

1 - في (ب) و بدل أو .

2 - في (أ،ج) عليلم.

3 - الزيادة من (ب) .

4 - ذكر آنفا .

5 - كررت كلمة " يعني " بعد كلمة "قيس" فحذفتها خشية التكرار .

6 - الزيادة من (أ، ب) .

7 - في (ج) المختاجات .

8 -أ خرجه الترمذي في سننه - كِتَاب الطَّلَاقِ وَاللِّعَانِ -باب المختلعات -رقم ١١٨٦، وقال حديث غريب من هذا الوجه وليس إسناده بالقوي (٤٩٢/٢). وقال الألباني صحيح. ينظر صحيح سنن الترمذي - كِتَاب الطَّلَاقِ وَاللِّعَانِ - باب المختلعات (٣٤٩/١).

9 - أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف - باب ما كره من الكراهية للنساء أن يطلبن الخلع -رقم١٩٢٥٧ (ج٤/ص١٩٥) .و عبد الرزاق في المصنف - كتاب الطلاق -باب ما يقال في المختلعة والتي تسأل الطلاق رقم ١١٨٩٠ (ج٦/ص٥١٤).كلاهما بلفظ "إن المختلعات والمنتزعات هن المنافقات" وهو صحيح كما قال الألباني في مختصر السلسلة الصحيحة (٢ / ٢١٠). وأما لفظ "المتبرعات" انفرد بذكرها الإمام أحمد بن عيسى في الأمالي - باب المختلعة وما يجوز أن يؤخذ منها (ج ٢ / ص ١٦٧). ولم أقف على أصلها في بقية كتب الحديث.

10 - في (ج) مجرد .

11 - الزيادة من (ب) .

12 - الزيادة من (ب،ج) .

13 - الزيادة من (أ) .

14 - هو ثوبان بن يحدد الهاشمي مولى رسول الله أبو عبد الرحمن مات سنة أربع وخمسين. (مشاهير علماء الأمصار ج٥٠/١)

15- أخرجه الترمذي في سننه- كتاب الطلاق- باب ما جاء في المختلعات برقم ١١٨٦(٤٢/٣).وصححه الشيخ الألباني. ينظر صحيح سنن الترمذي - كتاب الطلاق -باب المختلعات ط: المكتب الإسلامي –بيروت : لبنان ١٤٠٨هـ /١٩٨٨م (ج٣٤٩/١).

قوله عليلم: " **أو من غيرها كيف كانت** " يعني أو يكون العوض من غيرها، وسواء كانت كبيرة أم صغيرة أم مجنونة ناشزة، أم غير ناشزة، فإنه يصح الخلع مع ذلك، أما كون العوض يصح من غير الزوجة فذلك **مذهبنا**، وهو قول ش[٢]والأكثر[٣]، وعن ص بالله وهو إحدى[٤] الروايتين عن الثلاثة الأئمة، القاسم والهادي والناصر،

وهو قول أبي ثور[٥]، لا يصح العوض من غيرها بل يكون الطلاق رجعياً، ويرد العوض، لأن قوله تعالى**(** فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ **)** [٦] يقتضي بطلان[٧] [العوض] [٨] من غيره [٩].

قلنا: إذا أجاز أن يسقط حق الزوج بعوض منها جاز من غيرها، كقضاء دين عليها [١٠] والآية خرجت مخرج الأغلب، وأما كونه لا يشترط نشوزها ولا تكليفها حيث العوض من غيرها، فلأن قوله تعالى:**(** فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللّهِ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ **)**[١١]، يدل على أن النشوز [/١٢]، إنما يشترط حيث العوض منها.

قوله عليلم: " **إما بعقد إيجاب وقَبُولٍ أَوْ مَا فِي حُكْمِهِ** " يعني أن الخلع يكون بأحد أمرين عقدٍ أو شرطٍ، فالعقد يكون بإيجاب وقبول، أو ما في حكم القبول، وهو الامتثال، أو يقدم السؤال كما سيأتي تمثيل جميع ذلك .

والعقد هو ما أتى فيه بالباء نحو أنت طالق بألف، أو بعلى نحو علي ألف، أو باللام نحو أنت طالق لألف، وهكذا لو قال خالعتك أو بارأتك على ألف، وهكذا لو قال طلاقك بصداقك أو ببرائك، ذكره ص بالله [١٣].

قال م بالله: وينعقد الخلع بلفظ البيع ويكون كناية،[١٤] يعني حيث يقول بعتكِ نفسكِ بألف، أو يقول للغير بعتك زوجتي بألف، أو تقول هي اشتريت منك نفسي بألف، أو يقول

---

1 - الغيث المدرار ج٢(خ).
2 - في (أ) رمز له بـــ ش .
3 - المجموع - (١٧ / ١٢). والبحر الزخار (ج ٧ / ص ٣٣٩).
4 - في (أ) أحد .
5- هو أبو ثور إبراهيم بن خالد بن أبي البغدادي t أخذ الفقه عن الشافعي، مات سنة أربعين ومائتين، (طبقات الفقهاء١/١٠١).
6 - البقرة:٢٢٩.
7 - في (أ) بطلانه .
8 - الزيادة من (ب،ج).
9 - شرح الأزهار (ج ٢ / ص ٤٣٧). و (ج ٧ / ص ٢٨٧).
10 - شرح الأزهار (ج ٧ / ص ٢٨٧).
11 - البقرة:٢٢٩.
12 - نهاية ورقة ١٠٥ من (ب).
13 - شرح الأزهار (ج ٢ / ص ٤٣٣).
14 - المرجع السابق.

أجنبي اشتريت منك زوجتك بألف، فإنه إذا قصد بذلك المخالعة كان خلعاً على المذهب، وذلك مع القبول أو ما في حكمه في جميع الصور المذكورة ونحوها، فالقبول ظاهرٌ وهو قبلت أو ما في معناه، وكل واحد من الإيجاب والقبول، قد يكون من أحد الزوجين، وقد يكون من غيرهما بوكالة أو تبرعاً، كما يفهم من الأمثلة المذكورة وغيرها، والامتثال نحو أن يقول الزوج أنت طالق على أن تبريني من مهرك، فتقول أبرأت وتقدم السؤال[1/] أن تقول الزوجة طلقني على ألف، فيقول طلقت أو طلقتك ، وكذا لو قال لها أطلقك بمهرك؟ فتقول نعم، فيقول طلقت أو طلقتك فإنها لا تحتاج إلى قبول بعد ذلك، لأن قولها نعم في حكم القبول، ويصح كل من الإيجاب والقبول بالكتابة أو الرسالة [٢].

قوله عليلم: " **فِي مَجْلِسِ السابق منهما أو بلوغه قَبْلَ إِعْرَاضٍ** " أي يعتبر أن يكون العقد الذي هو الإيجاب والقبول في مجلس واحد، وهو مجلس السابق منهما، حيث يكون الموجب والقابل حاضرين، أو مجلس بلوغ الخبر بالإيجاب، حيث يكون القابل غائباً.

ويشترط أن يكون القبول في مجلس الإيجاب، أو مجلس الخبر به قبل الإعراض في الصورتين كلتيهما، فإن تخلل إعراض بين الإيجاب والقبول، لم يصح القبول بعد ذلك، إلا بتحديد الإيجاب والإعراض، أن يقع من القابل ما يفهم منه أنه معرض عن القبول من قول أو فعل، كأن يخاطب الغير، أو يبتدئ صلاةً أو يقوم قبل أن يقبل، أو نحو ذلك كما تقدم.

والحجة على اشتراط ما ذكر في الخلع، أنه عقد معاوضة كالنكاح والبيع ونحوهما، فاعتبر فيه ما يعتبر في سائر العقود، فإن قيل البيع لا ينعقد بقبوله في مجلس الخبر به كما سيأتي، فما الفرق بينه وبين الخلع في ذلك ؟

فالجواب أن الخلع فارق سائر العقود بما فيه من شائبة الطلاق، وماثلها لاعتبار العوض فيه، فجعل له حكم بين الحكمين، قيل حكى ذلك النجري في شرحه عن الإمام [المهدي][٣][عليلم] [٤]. قيل: والعتق كالخلع في ذلك والله أعلم [٥].

قال في شرح الأثمار: **واعلم** أن عبارة المؤلف عليلم في هذا الموضع أولى من عبارة الأزهار، لأنه قال فيه " مَعَ قَبُولٍ [٦] أَوْ مَا فِي حُكْمِهِ فِي مَجْلِسِ الْعَقْدِ أَوْ الْخَبَرِ بِهِ"[٧] وأراد

1 - نهاية ورقة ٩٩ من (أ) .
2 - شرح الأزهار بنحوه (ج ٢ / ص ٤٣٨).
3 - سقط من (ب،ج) .
4 - الزيادة من (ب، ج) .
5 - شرح النجري (خ) .
6 - في المخطوط " مع القبول" والصحيح ما أثبته.
7 - شرح الأزهار (ج ٢ / ص ٤٣٧).

بالعقد الإيجاب وهو غير مستقيم، لأن العقد إنما هو معنىً حاصل من مجموع الإيجاب والقبول لا أحدهما، وأيضاً فإن[1] في عبارة الأزهار نقصاناً، لأنها بقيت صورة، وهي حيث [يقع الإيجاب في مجلس] [2] ما هو في حكم للقبول[3] من تقدم السؤال و[4]نحوه إذا كان بالرسالة أو الكتابة، كأن تقول الزوجة للرسول قل لفلان يطلقني على كذا، أو تكتب إليه بذلك، فيقول الزوج حين يبلغه الخبر بما في حكم الإيجاب طلقت، فقد خرجت هذه الصورة من عبارة الأزهار، ودخلت في عبارة المؤلف عليلم ، لقوله في مجلس السابق منهما أو بلوغه انتهى .

قوله عليلم: " **كَأَنْتِ كَذَا عَلَى كَذَا أَو طَلِّقْنِي أَوْ طَلِّقْهَا عَلَى كَذَا فَطَلَّقَ** " هذا بيان لكيفية المخالعة وكيفية القبول، أو ما في حكمه، وأمثلة العقد، فإذا قال أنت طالق على ألف مثلاً، فقبلت أو قبل غيرها كما تقدم، فإنها تطلق خلعاً، ويلزم الغير حيث هو القابل تسليم الألف للزوج، وكذا حيث قالت لزوجها طلقني على ألف، وقال له غيرها طلقها على ألف فطلق فإنها تطلق خلعاً، ويلزمها الألف حيث هي الطالبة أو الغير حيث هو الطالب، ولو لم يقل علي ألف مني، ذكر معنى ذلك ابن أبي الفوارس، فالسؤال للطلاق في هاتين الصورتين بمنزلة القبول فوقع به الخلع، ذكر ذلك في مجموع علي خليل' عن م بالله رحمة الله [عليه][5]هـ[6].

فـــــرع: لو قال الزوج طلقتها على مهرها فقبل غيرها، وقع الطلاق خلعاً، ولزم ذلك القابل مهرها حكاه [7]الفقيه س عن ابن أبي الفوارس[8][9]، وهو الصحيح.

وقيل: يكون رجعياً ولا يلزمها، ولا الغير شيء إذ[10] هو عقد تبرع، وإذا لم يلزم العوض لم يصح الخلع [11].

---

1 - في (أ) أن.

2 - في (أ)تقديم وتأخير(يقع في مجلس الإيجاب....) وسقطت كلمة الإيجاب من (ج) .

3 - في (ج) القبول .

4 - في (أ) أو .

5 - الزيادة من (ب،ج) .

6 - مجموع علي بن محمد خليل (خ).

7 - في (أ) ذكر ذلك بدل حكاه.

8 - هو توران شاه بن خسرو شاه بن بابويه الجيلي، الإمام أبو الفوارس المتلافحي ،يروي كتب الأئمة كـ(الأحكام)، و(المنتخب)، و(شرح التجريد)، وغيرها، عن الفقيه علي بن آموج الجيلي، وأخذ عنه جميع ذلك القاضي أحمد بن الحسن الكني ، كان توران شاه شيخ الزيدية، وحافظ علوم الأئمة، وإليه يرجع أهل المذهب، انتهى. طبقات الزيدية الكبرى (القسم الثالث) - (١ / ٢٤٢).

9 - التذكرة الفاخرة (ص٢٨٨) .

10 - في (أ) إن.

11 - البحر الزخار - (٧ / ٢٨٦).

قال الإمام عليلم: وقياس هذا القول أن لا يقع خلعاً ولا رجعياً، لأنه عقد لم يصح قبوله فبطل، وأما لو قال له أجنبي طلقها على ألف فطلق صح الخلع ولزمه الألف، وإن لم يقل مني هـ.

فـــــرع: وإذا خالع الأب زوج ابنته الصغيرة عنها وضمن المهر صح الخلع، ولابنته إذا بلغت أن تطالب الزوج بمهرها ويرجع به على الأب[1]، ولا يصح من الأب أن يبرى من مهرها وإن كان لمصلحتها على الصحيح، لأن العوض إذا كان من مال الزوجة اعتبر النشوز كما تقدم، ولا نشوز للصغيرة على الأصح.

فـــــرع: ولو قالت له أجنبية طلقها بمهري، فقال طلقت صح الخلع ولزم الأجنبية مهرها إن كان باقياً، وإلا فمثله إن كان مثلياً أو قيمته إن كان قيمياً [2] ذكره في التذكرة[3].

فـــــرع: وإن طلقها بعد الدخول على مهرها وقد تلف، أو كانت قد أبرأته منه لم يصح الخلع عليه، لأنه معدوم إلا أن يتصادقا [على] [4] أنهما أرادا على مثله صحَّ ولزم .

فـــــرع: وإن طلقها قبل الدخول على مهرها وقد قبضته ردته له، ومثل نصفه إن كان مثلياً أو[5] قيمته إن كان قيميّاً، وإن لم يكن قد قبضته ضمنت له مثل نصفه، أو قيمة نصفه، وإن كانت قد أبرأته منه أو تلف فقياس ما تقدم ألا[6] يصح الخلع[7] إلا أن يتصادقا أنهما أرادا على مثله كما تقدم .

فإذا تصادقا على ذلك لزمها له مثله لأجل الخلع، وأما ضمانها لنصفه لأجل الطلاق قبل الدخول، فعلى قول ط لا تضمنه [له] [8]لأنها لم تقبضه.

وقيل ح: تضمنه لأن البراء كالقبض[9]] [10].

---

1 - كتاب التحرير - (ج ١ / ص ٣٢٧).

2 - في (ج) زيادة هذه العبارة بعد قيميا [وإن لم تكن قبضته ضمنت له مثل نصفه أو قيمة نصفه وإن كانت قد أبرأته منه أو تلف فقياس ما تقدم أن لا يصح الخلع يعني إذا علما سقوطه لا أن حملاه كما سيأتي ، إلا أن يتصادقا أنهما أرادا على مثله كما تقدم فإذا تصادقا على ذلك لزمها له مثله لأجل الخلع وأما ضمانها لنصفه لأجل الطلاق قبل الدخول فلي قول وإلا تضمنه له لأنها لم تقبضه وقيل الفقيه يحي البحيبح: تضمنه لأن البراء كالقبض].

3 - التذكرة الفاخرة (ص٢٨٨).

4 - الزيادة من (ب).

5 - في (أ) و بدل أو .

6 - في (ب) أن لا.

7 - يعني إذا علما سقوطه لا أن جهلاه كما سيأتي تمت هـ.

8 - الزيادة من (أ) .

9 - شرح الأزهار - (٢ / ٢٥٩).

10 - سقط من (ج) .

فـــــرعٌ: [١/] ولو[٢] قال أنت طالق على براي، أو على أني بري من مهرك، فقالت قبلت، أو أبرأت صح البراء والخلع، وكذا إذا قالت أبرأتك على طلاقي، أو على أني طالق فقال قبلت صح الطلاق [والبراء وإن قال على أن تبريني، فقالت أبرأتك صح الطلاق والبراء، وإن قالت قبلت صح الطلاق] [٣]لا البراء، لكن تجبر على البراء، فإن تعذر منها استحق عليها مثله أو قيمته، وعلى أحد قولي م بالله يصح الخلع والبراء، وإن قالت وهبت لك كذا على أن تطلقني فإن قالت طلقت صح الكل، وإن قال قبلت صحت الهبة لا الطلاق فإن امتنع من التطليق كان لها الرجوع عن الهبة.

تنبيـــــهٌ: وإنما يصح الخلع على البراء من المهر حيث هو دين، فأما إذا كان عيناً فالبراء من الأعيان إباحة لا يصح الخلع عليها، بل يقع الطلاق بالقبول في العقد رجعياً، وفي الشرط لا يقع.

" مَسْأَلَةٌ " فَإِنْ قَالَتْ: طَلِّقْنِي غَدًا عَلَى أَلْفٍ، أَوْ إذَا طَلَّقْتنِي غَدًا فَلَكَ أَلْفٌ وَقَعَ بِطَلَاقِهِ [غَدًا][٤] خُلْعًا لَا بَعْدَ غَدٍ .

قال الداعي[٥] والإمام ح: وَكَذَا لَوْ طَلَّقَ فِي الْحَالِ [٦].

قال في البحر: قُلْت : مُؤَقَّتًا بِغَدٍ لِقَوْلِهِمَا ، إذْ قَدْ وَافَقَ وَزَادَ خَيْرًا. [يعني بالتعجيل][٧] وَلَا يَسْتَحِقُّ الْأَلْفَ إلَّا بَعْدَ وُقُوعِ الطَّلَاقِ، فَإِنْ طَلَّقَ بَعْدَ الْغَدِ [بَطَلَ الْخُلْعُ و] [٨]كَانَ رَجْعِيًّا لِلْمُخَالَفَةِ .

قال الإمام[٩]: وَكَذَا لَوْ طَلَّقَ فِي الْحَالِ غَيْرَ مُؤَقَّتٍ بِغَدٍ.انتهى[١٠/] [١١].

---

1 - نهاية ورقة ١٠٦ من (ب).
2 - في (أ، ج) وإذا.
3 - الزيادة من (ج) .
4 - سقط من المخطوط .
5 - هو محمد بن الحسن بن القاسم المعروف بالشجري أبو عبد الله محمد بن الداعي دعا إلى الله وتلقب بالمهدي لدين الله وبايعه الديلم وأطاعوه ، درس فقه الزيدية على أبي العباس الحسني وعلم الكلام والفقه على أبي عبد الله الكرخي وبرع فيهما حتى أصاب منزلة عظيمة، توفي سنة تسع وخمسين وثلاث مائة. (الجداول الصغرى مختصر الطبقات الكبرى - (٢ / ٤١٢).
6 - البحر الزخار (٧ / ٣٣٦).
7 - تفسير من المصنف.
8 - سقط من المخطوط .
9 - الإمام يحيى عليه السلام.
10 - نهاية ورقة ١٠٠ من (أ) .
11 - البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار (ج ٧ / ص ٣٣٦).

فظاهر[١] كلام الإمام ح والداعي عدم اشتراط التوقيت بغد، وعلى أصل ش يقع في نحو ذلك خلعاً بمهر المثل، حيث قالت طلقني غداً بألف، أو إن طلقتني غداً فلك ألف، أو قالت طلقني في هذا الشهر أو في شهر كذا بألف، فطلق في الغد أو الشهر أو قبل الغد، أو الشهر لا بعده ذكر [معنى] [٢] ذلك في شرح الإرشاد، قال فيه ما لفظه:" وأما قولها طلقني غداً بألف ونحوها، فلأنه سَلَم في الطلاق، والطلاق لا يثبت في الذمَّة، ثم إن طلق في الغد، فقد حصل مقصودها فيقع الطلاق ثانياً بمهر المثل، وإن طلق قبله فقد زادها خيراً، كما لو سألته طلقة فطلق ثلاثاً.

وأما قولها في هذا الشهر، أو في شهر كذا، فمع كونه إثباتا للطلاق في الذمة مؤجل بأجل مجهول، فإن طلقها بعد مضي الغد أو الشهر كان مخالفاً لما سألته، فهو مبتدئ بالطلاق فيكون رجعياً" انتهى [٣].

قال في البحر: فإن قال: أنت طالق غداً على ألف فقبلت في المجلس، فإذا جاء الغد وقع الطلاق خلعاً واستحق الألف.

ش: بل مهر المثل ولا وجه له، انتهى [٤].

قال فيه: فإن قالت: طلقني على ألف، فقال طلقت [أو طلقتك] [٥] ولم يذكر الألف وقال لم أقصد الجواب بل الابتداء لتثبت له الرجعة قُبِل لاحتماله انتهى[٦]".

ومثله في شرح الإرشاد وزاد ما لفظه **نعـــــم** إن اتهمته الزوجة فلها تحليفه، وإن لم يدّع ذلك ولا صرح بقصده، الجواب جعلناه جواباً لها حتى لو مات حكمنا ببينونتها بالألف، لأن كونه جواباً هو الظاهر انتهى [والله أعلم] [٧] [٨] .

مســــــألة: فإن قال الأب أو غيره طلقها على أنك بريء من مهرها، لم يقع شيء إلا أن يزيد، وعلي الضمان إن طالبتك أو نحو ذلك، وإن قال وأنا ضامن بإبرائك لم يصح خلعاً، إذ البرا ليس بمالٍ فلا يصح الضمان به، فيقع رجعياً بالقبول في العقد هـــ.

---

1 - في (أ،ج) وظاهر.
2 - الزيادة من (أ،ج) .
3 - شرح الإرشاد (١٠٥/٢) .
4 - البحر الزخار (ج ٧ / ص ٣٣٨).
5 - الزيادة من (ب،ج) .وليست موجودة في البحر .
6 - البحر الزخار (ج ٧ / ص ٣٢٣).
7 - الزيادة من (أ) .
8 - شرح الإرشاد (١٠٦) .

مســـــألة: فإن قال أنت طالق على ألف إن دخلت الدار، فهو عقدٌ[١] لتأخر الشرط فيقع بالقبول في المجلس خلعاً، وإن لم تدخل الدار، فإن لم تقبل [لم يقع] [٢] شيء بخلاف ما لو قدم الشرط، فقال أنت طالق إن دخلت الدار على ألف فهو شرط، فلا يفتقر إلى القبول، وتطلق خلعاً إن دخلت الدار ويلزمها الألف والله أعلم.

قوله عليلم:" **وأما بشَرْط** [٣] **كَإِذَا كَذَا أَوْ طَلَاقُك كَذَا ولا يعتبر الْمَجْلِسِ**" هذا بيان للنوع الثاني من نوعي الخلع، وهو حيث يعلق الطلاق بشرط العوض الجامع لتلك القيود المتقدم ذكرها، وهي[٤] أن تكون[٥] مالاً أو في حكمه، صايراً إلى الزوج من زوجته الناشزة المكلفة، أو من غيرها كيف كانت، فإذا قال إن أبرأتني فأنت طالق، فإنها تطلق إذا أبرأته .

وهكذا في سائر أدوات الشرط، كإذا ومتى وغيرهما، وكذا حيث قال طلاقك براؤك، أو طلاقك أن تهبي لي ألفاً أو نحو ذلك، فإن هذا بمعنى الشرط، ذكره المذاكرون قياساً على قوله أنت طالق للسنة، فإنه مقدر بالشرط فكذلك[٦] هنا ولا خلاف في صحة الصورة الأولى، ووقوع الطلاق فيها خلعاً عند من يصحح[٧] الخلع .

وأما الصورة الثانية: وهي طلاقك براؤك، فخالف فيها المؤيد وقال ليست بمعنى الشرط فلا يقع بها شيء [٨]، والحجة عليه ما تقدم من القياس، وقوله ولا يعتبر المجلس معناه أنه إذا خالعها بعوض مشروط فحصل العوض ولو بعد المجلس صح الخلع ونفذ، لأن المجلس لا يعتبر إلا في العقد، والحجة على ذلك أن العقد يفتقر إلى القبول أو ما في حكمه، فاعتبر فيه المجلس كسائر ما يفتقر إلى القبول، وأما الشرط فلا يفتقر إلى القبول فلا يعتبر فيه المجلس إلا لقرينة، بل متى وقع الشرط وقع المشروط على ما تقتضيه اللغة والعرف .

قوله عليلم: " **وَيُجْبَرُ مُلْتَزِمُ عِوَض فِي الْعَقْدِ** "يعني إذا وقعت المخالعة بعقد، فإن الخلع يقع بالقبول أو ما في حكمه، وهو تقدم السؤال فيجبر القابل على تسليم العوض، سواء كان هو الزوجة أم غيرها، وقد أفاد تخصيصه العقد بالذكر أن الشرط ليس كذلك فلا يجبر فيه

---

1 - قد تقدم في آلات الشرط ما يخالف هذا فينظر فيه (تعليق في الحاشية من (ب، ج).
2 - سقط من (ب) .
3 - في (أ) شرطه.
4 - في (أ، ج) هو.
5 - في (أ،ج) يكون.
6 - في (ب) وكذلك .
7 - في (أ) صحح .
8 - شرح الأزهار (ج ٢ / ص ٤٣٩).

ملتزم العوض بمجرد[١] القبول، إذ لا يلزمه إلا بحصول الشرط، والحجة على صحة إجبار ملتزم العوض في العقد على تسليمه، القياس على سائر العقود كالبيع والإجارة، فإن الحاكم يلزم المتمرد بعد نفاذ العقد، وذلك واضح وحذف المؤلف عليلم قوله في الأزهار" والزَّوْجُ عَلَى الْقَبْضِ فِيهِمَا"[٢] اختياراً منه إن قبض الزوج لا تأثير له في وقوع الطلاق ولا في البراءة، وأن القابل يبرأ بمجرد التخلية الصحيحة، كما ذكروا في المبيع والمغصوب، أن البايع والغاصب يبرءآن بها .

وأما الإمام المهدي عليلم فقد بنى في الأزهار على الفرق.

قال في الغيث: لأن المبيع والمغصوب ليسا ملكاً للمسلم، بل ملك للمتنع من القبض، فلم يلزم[٣/] المسلم له أكثر من التخلية بينه وبين ملكه، كما في الوديع بخلاف عوض الخلع، فأنه باق على ملك المسلم، والمملك لا يرتفع، أي ينتقل بمجرد التخلية بين من له الدين وبين شيء من مال من عليه الدين بنية القضاء، قال ما معناه فإذا لم يبرأ بالتخلية، كان لمن عليه [الدين] [٤]حق على من له الدين، وهو براءة ذمته[منه] [٥] وهي لا تحصل إلا بالقبض، فيجب إجباره حيث امتنع.

وأما المؤلف عليلم فاختار هنا وفي سائر الديون أن التخلية كافية، إذ التعيين إلى من عليه الدين، وقد عين ما خلّى بينه وبين من له الدين، وأيضا فإن عبارة الأزهار مجملة، لأنه لم يفرق بين أن يكون العوض معيناً أو غير معيّن، وهو مع التعيين كالوديعة كما سيأتي، فيكفي فيه التخلية اتفاقاً، فلا يصح إطلاق العبارة [و] [٦] هذا حاصل ما نقل عن المؤلف عليلم [٧].

وحذف أيضاً قوله في الأزهار" وَلَا يَنْعَقِدُ بِالْعِدَّةِ "[٨] لظهوره، إذ العدة ليست بعقد ولا شرط، وقد فهم مما تقدم أن الخلع إنما يصح بعقد أو شرط، وإنما ذكره في الأزهار إشارة إلى قول م بالله في الإفادة أنه ينعقد بالعدة، ويكون خلعاً إذا أنجز الوعد في المجلس [٩].

---

1 - في (أ) لمجرد.
2 - الأزهار (ج ١ / ص ٧٦).
3 - نهاية ورقة ١٠٧ من (ب).
4 - الزيادة من (ج) .
5 - الزيادة من(أ) .
6 - الزيادة من (ب) .
7 - الغيث المدرار ج٢(خ).
8 - الأزهار - (١ / ٧٦).
9 - الإفادة في الفقه للإمام المؤيد بالله أحمد بن الحسين الهاروني، المتوفى (٤١١هـ) (مخطوط).

وصورة العدة أن يقول الزوج أبريني وأنا أطلقك، فأبرأته ثم طلق أو تقول هي طلقني، وأنا أبريك فطلق ثم أبرأته، فمذهب الهادوية أن الخلع لا ينعقد بذلك[١] سواءً وقع البراء والطلاق في مجلس واحد أم في مجلسين بل يكون رجعياً.

وعلى قول م بالله في الإفادة يكون خلعاً إذا وقع الطلاق والبراء في مجلس واحدٍ، فأما[٢] إذا وقع الوفاء بالوعد في مجلس آخر، كان الطلاق رجعياً اتفاقاً.

قيل ح: إلا أن تقول هي أبرأتك لأجل طلاقك، أو يقول هو طلقتك لأجل برائك، فإنه يكون خلعاً يعني عند م بالله، والوجه في أنه لا ينعقد الخلع بالعدة، أن الطلاق لم يقع مقيداً بالعوض لأنهما كلامان، كل واحد منهما غير مقيد بالآخر[٣]، فكان كما لو طلق من غير عوض، ذكر ذلك في الغيث [٤].

فإذا قال أبريني وأنا أطلقك فأبرأته، وامتنع من الطلاق فقد برئ لكن لها الرجوع عن البراء، وإذا قالت طلقني وأنا أبريك فطلق وامتنعت من البراء فقد طلقت، ولا يلزمها أن تبريه، وأما إذا قالت طلقني وأنت بريء، فقد بريء سواء طلق أم لا اتفاقاً، ولا رجوع لها عليه، حيث امتنع لأن ذلك ليس بعقد ولا شرط، ولا عدة وقس على ذلك .

قوله عليلم: " **وَلَا تَلْحَقُ** [٥] **الْإِجَازَةُ إِلَّا عَقْدَهُ** [٦]" أي لا يلحق الإجازة من صور الخلع إلا العقد، وأما الخلع بالشرط فلا يلحقه، فإذا خالع فضولي عن الزوج أو عن الزوجة بعقد، فأجازه من خالع عنه نفذ، نحو أن يقول الفضولي للمرأة قد طلقتك بألف، فتقول قبلت ويجيز الزوج ذلك .

فأما إذا قال الزوج فلانة طالق بألف، فقال فضولي قبلت عنها، فيحتمل أن الطلاق قد وقع ولو لم تجز المرأة، والألف على الفضولي، لأنه يقع إذا قبل ولو لم تقبل عنها، ويحتمل أن [٧] لا يقع إلا بإجازتها لأنه جعل[٨] القبول عنها لا تبرعاً،قال في الغيث وهذا هو الأقرب عندي هـ[٩].

---

1 - في (ج) لذلك .
2 - في (أ) وأما.
3 - نهاية ورقة (١٠١) من (أ) .
4 - الغيث المدرار ج٢(خ)و شرح الأزهار (ج ٢ / ص ٤٤١).
5 - في (ج) و لا تصح.
6 - في (ج) زيادة " أم العقد ". وفي المتن "عقده" بدل " العقد ".
7 - في (ب) إذ بدل أن.
8 - في (أ) حصل .
9 - الغيث المدرار ج٢(خ) .

"**فَصْـــــــلٌ**"

وإنما يَحِلّ مِنْهَا إلى قدر ما لَزِمَ بِالْعَقْدِ لَهَا ولِأَوْلَاد[لها] [١] **مِنْهُ صِغَارٍ وَلَوْ مُسْتَقْبلًا** "أي لا يحل للزوج أن يأخذ من زوجته عوضاً في[٢] الخلع إلا إلى قدر ما ذكره، فيحل له ذلك القدر أو دونه، ولا يحل له الزيادة عليه، وذلك القدر هو مهرها وما ساق إليها مما عقد بها[٣] عليه[٤]،وما أنفقه عليها في مدة الزوجية، ونفقة عدتها منه ونفقة أولادها منه، وأجرة تربيتهم ومدة التربية سبع سنين أو ثماني سنين عند م بالله، وقال ص بالله: خمس في الذكر، وسبع في الأنثى[٥].

وأقل عوض الخلع ما له قيمة، ولا خلاف في ذلك، وأما أكثره فهو ما ذكره على المذهب، وهو قول الهادي والناصر، وك، حيث كان العوض من الزوجة، ولا يحل له منها أكثر من ذلك إلا أن تزيده له تبرعاً، لا في مقابلة الطلاق جاز له أخذه.

قيل: وذلك إجماع، وعند م بالله وح وش أنه يحل له ما تراضيا عليه وإن كثر،وعند المنصور بالله وخرجه م بالله للهادي، وأبو جعفر للناصر، أنه لا يحل منها أكثر مما لزم بالعقد، ولو تبرعت المرأة بالزايد [٦].

حجة أهل المذهب على جواز أخذ العوض الذي ذكروه قصة ثابت بن قيس في مخالعته، ففي بعض الروايات أن زوجته قالت يا رسول الله كلما أعطاني عندي، فقال له

---

1 - سقطت من المتن الأصل .
2 - في (أ) عن بدل في .
3 - في (أ)" لها "بدل "بها".
4 - في (ب)" عليها "بدل "عليه" .
5 - شرح الأزهار - (ج ٢ / ص ٤٤٣).
6 - المرجع السابق.

رسول الله صلى الله عليه وآله خذ منها فأخذ منها، وجلست في بيتها، أخرجه الموطأ[١] وأبو داود والنسائي [٢].

وللنسائي في أخرى أن رسول الله صلى الله عليه وآله قال له: " ترد الذي لك عليك وخل سبيلها قال: نعم[٣] " وفي رواية لأبي داود أنّ رسول الله صلى الله عليه وآله قال له: " خذ بعض مالها وفارقها قال: ويصلح ذلك يا رسول الله قال نعم، قال فإني أصدقتها حديقتين وهما بيدها فقال النبي صلى الله عليه وآله خذهما وفارقها ففعل[٤] " .

وفي رواية للبخاري وغيره أنّ رسول الله صلى الله عليه وآله قال لها " تردين عليه حديقته؟ قالت نعم، قال رسول الله صلى الله عليه وآله أقبل الحديقة وطلقها تطليقة " انتهى [٥].

وهذا في الصداق، وأما نفقة العدة فلأنها وجبت بسبب النكاح فأشبهت المهر.

وأما تربية الأولاد فلأن كل من جوّز الخلع على نفقة العدة، جوّزه على نفقة الأولاد وأجرة تربيتهم.

وأما جواز تبرعها بالزايد [على ذلك] [٦] فدليله القياس على ما لو وهبت له شيئاً قبل الطلاق أو بعده، لأنها إذا لم تكن مشروطة فهي كما لو ابتدأت بها من دون طلاقٍ .

وأما تحريم الزيادة لا على وجه التبرع، فلما ورد في بعض الروايات أنّ رسول الله صلى الله عليه وآله لما قال لامرأة ثابت أتردين عليه حديقته؟ قالت نعم وأزيد، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله أمّا الزيادة فلا"[٧].

---

1 - سقط من (ب) .

2 - أخرجه النسائي في السنن الكبرى -كتاب الطلاق – باب ما جاء في الخلع -رقم٥٦٥٦ (ج٣/ص٣٦٩)و أبو داود في سننه -كتاب الطلاق - بَاب في الْخُلْعِ- رقم ٢٢٢٧ (ج٢/ص٢٦٨).و مالك في الموطأ -كتاب الطلاق - باب ما جاء في الْخُلْعِ رقم١١٧٤ (ج٢/ص٥٦٤) بلفظ "فقالت حبيبة يا رسول الله كل ما أعطاني عندي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لثابت خذ منها فأخذ منها وجلست في أهلها ". وصححه ابن الجارود وابن حبان والألباني. ينظر صحيح أبي داود لمحمد ناصر الدين الألباني (المتوفى : ١٤٢٠هـ) مؤسسة غراس للنشر والتوزيع ، الكويت _ ط١ ، ١٤٢٣ هـ - ٢٠٠٢ م (ج٦ / ٤٢٦).

3 - أخرجه النسائي في السنن الكبرى -كتاب الطلاق - باب عدة المختلعة -رقم٥٦٩١ بلفظ " فقال له خذ الذي لها عليك وخل سبيلها قال نعم فأمرها رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تتربص حيضة واحدة فتلحق بأهلها" . (ج٣/ص٣٨٣). وصححه الشيخ الألباني في(صحيح وضعيف سنن النسائي (٨ / ٦٩) .

4 - أخرجه أبو داود في سننه -كتاب الطلاق - بَاب في الْخُلْعِ- رقم ٢٢٢٨ (ج٢/ص٢٦٩).

5 - أخرجه البخاري في صحيحه -كتاب الطلاق - بَاب الْخُلْعِ وكَيْفَ الطَّلَاقُ فيه - رقم٤٩٧١(ج٥/ص٢٠٢١) .

6 - الزيادة من (ب ، ج) .

7 - أخرجه البيهقي في السنن الكبرى -كتاب الخلع والطلاق – باب الوجه الذي تحل به الفدية -رقم١٤٦٢١ (ج٧/ص٣١٤). و الدار قطني في سننه -كتاب النكاح -باب المهر رقم ٢٧٦(ج٣/ص٣٢١).وإسناده صحيح ينظر (التحقيق في أحاديث الخلاف - لعبد الرحمن بن علي بن محمد بن الجوزي أبي الفرج المتوفى سنة ٥٩٧ - تحقيق مسعد عبد الحميد محمد السعدني - دار الكتب العلمية _سنة النشر ١٤١٥- بيروت (٢ / ٢٨٨).

وفي روايةٍ عن ابن جريج أنّ رسول الله صلى الله عليه وآله قال لثابت بن قيس " لا تأخذ منها أكثر مما أعطيتها"[١] وهو في أصول الأحكام بنحوه [٢].

وحجة م بالله ومن وافقه

ما روي عن أبي سعيد الخدري[٣] قال: " كانت أختي عند رجل من الأنصار تزوجها على حديقة، وكان بينهما كلام فارتفعا إلى رسول الله صلى الله عليه وآله فقال: " أتردين عليه حديقته ويطلقك؟ قالت نعم وأزيده، قال ردي عليه حديقته وزيديه" [٤].

قلنا: إن صحت هذه الرواية فهي معارضة بما رويناه فيجمع بين[٥] الروايات بأن النبي صلى الله عليه وآله علم أنه أصدقها مع الحديقة غيرها، فعَّنى بالزيادة ذلك والله أعلم [٦/].

وقوله: "ولو مستقبلاً " أي ولو كان الذي [يقع عليه المخالعة][٧] من نفقة العدة وغيرها غير واجب في الحال، بل يجب في المستقبل، فإن ذلك يصح لأن سبب الوجوب قد وجد.

ولأنّ المخالعة في التحقيق على مثل ذلك لا على عينه، فلو ماتت قبل انقضاء العدة أو نشزت، وجب للزوج في مالها مثل نفقة ما بقي من العدة، وإذا خالعها على نفقة العدة ونفقة الأولاد وتربيتهم فإن المخالعة تصح ويسقط وجوب ذلك عليه، فلا يلزمه شيء منه، وسواء كانت النفقة ونحوها مقدرة أم غير مقدرة لأن الجهالة تغتفر في عوض الخلع كما سيأتي، **هذا مذهبنا** [٨].

وقال ش: لا يصح على ذلك، إلا أن يكون مقدراً ذكر معناه في الغيث [٩]، قال في شرح الأثمار: " وإنما عدل عن قوله في الأزهار "وَلَا يَحِلّ مِنْهَا أَكْثَرَ مِمَّا لَزِمَ بِالْعَقْدِ "[١٠]

1 - أخرجه الدار قطني في سننه-كتاب النكاح- باب المهر -رقم ٤٠(ج٣/ص٢٥٥).

2 - أصول الأحكام - كتاب الطلاق- باب صفة الطلاق -رقم ٥١٧ (ج ١/ ص ٣٣٢) .

3 - هو سعد بن مالك الأنصاري أحد علماء الصحابة ومكثرهم، وأحد من بايع تحت الشجرة، أول مشاهده الخندق، وغزا مع النبي صلى الله عليه و سلم ثنتي عشرة غزوة وكان ممن حفظ عن النبي صلى الله عليه و سلم سننا كثيرة وعلما جما، مات سنة أربع وسبعين وله نيف وسبعون .(إسعاف المبطأ برجال الموطأ لعبد الرحمن ابن أبي بكر أبي الفضل السيوطي- ط: المكتبة التجارية الكبرى - مصر ، ١٣٨٩ – ١٩٦٩(ج١ / ٣١).

4 - أخرجه الدار قطني في سننه –كتاب النكاح - باب المهر رقم ٣٧(ج٣/ص٢٥٤). وسند الحديث لا يصح لأن فيه عطية العوفي، والحسن بن عمارة فأما عطية فقد ضعفه الثوري وهشيم وأحمد ويحيى، وأما الحسن بن عمارة فقال فيه شعبة هو كذاب يحدث بأحاديث قد وضعها.ينظر (التحقيق في أحاديث الخلاف - (٢ / ٢٨٨).

5 - في (أ) من بدل بين .

6 - نهاية ورقة ١٠٨ من (ب).

7 - في (أ) " وقع المخالعة عليه من" بدل ما بين المعقوفين.

8 - شرح الأزهار (ج ٢ / ص ٤٤٣).

9 - الغيث المدرار ج٢(خ).

10 - الأزهار - (١ / ٧٦).

إلى آخره[١]، إلى عبارة الأثمار لأن قوله " من بعد "، ويصح على ذلك، يوهم أن الإشارة إلى الأكثر أي ويصح على أكثر مما لزم بالعقد، لأن عدم الجواز لا يدل على عدم الصحة، وأيضاً فليس في عبارة الأزهار تصريح، بأن الخلع يصح بدون اللازم، وللاختصار إذ قد دخل معنى قوله في الأزهار فيما بعد وعلى المهر أو مثله، كذلك في معنى قوله عليلم [٢]إلى قدر ما لزم إلى آخره[٣].

تنبيـــــــه: مفهوم عبارة الغيث أن الزوج لا يطالب الزوجة بما خالعها عليه من نفقتها ونفقة أولادها منه، وأجرة تربيتهم ثم يسلم إليها ما يجب عليه لهم على حسب الحاجة، بل يسقط ما يلزمها له بالخلع، بما يلزمه لهم لاستواء اللازمين قدراً وصفة، وذلك هو معنى قوله ويسقط وجوب ذلك عليه فلا يلزمه شيء منه انتهى، وقد تقدم.

وفي غير الغيث أنّ له المطالبة بذلك ثم يدفع إليها ما يجب عليه من النفقة ونحوها، مما قبضه منها أو من غيره.

ورجحه المؤلف عليلم وقال يحمل ما ذكره في الغيث على المراضاة، قلت: ويحتمل أن يقال أمّا نفقتها وأجرة التربية فالأقرب فيهما[٤] ما ذكره في الغيث من التساقط لاستواء اللازمين في الذمتين قدراً وصفة، كما في سائر الديون، وأمّا نفقة الأولاد فالأقرب ما ذكر[٥] في غير الغيث، لأنها تثبت في ذمته[٦/] للأولاد لا لوالدتهم، فلا وجه للتساقط إلا أن يجري العرف بقصد التساقط ليكفيا مؤنة المطالبة، كما هو الظاهر فذلك متجه والله أعلم.

قوله عليلم: "**فَإِنْ لَمْ يَكُنْ قَدْ دَخَلَ رَجَعَ بِنِصْفِ المهر وَنَحْوُ ذَلِكَ** " يعني فإن خالعها على مهرها، ولم يكن قد دخل بها رجع عليها بنصف ذلك المهر، وسواءً كان عيناً أم ديناً وهذا حيث لم تكن قد[٧] قبضته فإن كانت قد قبضته رجع عليها به، وبمثل نصفه.

قيل: وهذا بخلاف ما لو خالعها بما تستحق عليه، فإنه لا يرجع عليها بشيء [٨].

وقوله " وَنَحْوُ ذَلِكَ " يعني نحو ما ذكر، كما لو كان قد دخل بها ثم أبرأته من نصف مهرها، أو[٩] وهبته له ثم خالعها على مهرها، فإنه يرجع عليها بنصفه لأنه خالعها بمهر

---

1 - في (ب، ج) الخ.
2 - في (ب،ج) أيده الله بدل عليلم .
3 - في (ب، ج) الخ.
4 - في (أ) فيها .
5 - في (أ) ما ذكره .
6 - نهاية ورقة ١٠٢ من (أ) .
7 - في (أ) زيادة " تكن " بعد قد .
8 - التذكرة الفاخرة (ص٢٨٩).
9 - في (أ) و بدل أو .

كاملٍ فاستحق النصف الذي في ذمته، ويرجع عليها بالنصف الآخر، وهكذا لو أبرأته من نصف المهر ثم طلقها قبل الدخول على نصف مهرها فإنه يستحق عليها المهر كاملاً، لأنها قد استهلكت النصف الذي أبرأته منه فيرجع له نصف المهر لكونه طلق قبل الدخول ونصف بالمخالعة، لأن عقد المخالعة إنما يتناول النصف الذي تستحقه المرأة دون النصف الذي يرجع للمطلق قبل الدخول.

قال في الغيث: وهي مبنية على أنه قد سلم إليها النصف الذي لم تبريه منه انتهى [1]. ويقاس على ذلك .

1 - الغيث المدرار ج٢(خ) .

"فَصْـــــــلٌ"

"**وَيَلْزَمُ بِالتَّغْرِيرِ مَهْرُ الْمِثْلِ** "أي يلزم الغارّ للزوج في المخالعة [مهر مثل][1] زوجته عوضاً عن الخلع سواءً[2] كان ذلك الغار هو الزوجة أو غيرها، وصورة التغرير أن تقول الزوجة طلقني على ما في [هذا] [3] الكيس من الدراهم، وينكشف أن لا شيء فيه، أو تقول على ما في بطن أمتي من الحمل ولا حمل معها، أو يقول ذلك غيرها، فيطلق الزوج على ذلك فإنه يصح الخلع، ويلزم الغار للزوج مهر[مثل الزوجة] [4] بالغاً ما بلغ رجوعاً إلى قيمة البضع إذ التغرير جناية من الغار، فلزمه به قيمة ما قوته[5] على الزوج وذلك [هو] [6]مهر المثل إذ هو قيمة البضع وذلك واضح، فأما لو قالت أو الغير على ما في الكيس ولم تقل من الدراهم، أو على ما في بطن الأمة، ولم تقل من الحمل فإن ذلك لا يكون تغريراً إذ لم يذكر ما ينبئ عن المال، فإذا طلق على ذلك وقع الطلاق رجعياً لبطلان العوض من دون تغرير، فإن قالت[7] على هذا الحر، فإذا هو عبد فإنه يصح الخلع ويستحق العبد إذا كان لها، لأن الإشارة أقوى من الاسم، وسواء في هذه الصورة علما أم جهلاً ذكره في الغيث،[8] وهذا هو المذهب أنه يلزم بالتغرير مهر المثل ويصح الخلع، ولا يلزم شيء مع عدم التغرير ويكون الطلاق رجعياً، وبه قال ح [9].

وقال ش: يجب مهر المثل مع التغرير وعدمه، لأن لخروج البضع قيمة عنده لا عندنا [10].

وحذف قوله في الأزهار "ولَا تَغْرِيرَ إنْ ابْتَدَأَ أَوْ عَلِمَ " [11]، لما سيأتي عن قريب من قوله، وقدر ساقط جاهلاً[12] فيهما [13].

---

1 - في (ج) تقديم وتأخير " " مثل مهر " .
2 - في (أ) إضافة "و" قبل سواء .
3 - الزيادة من (ب، ج)وفي (ب) تقديم وتأخير " على ما في الكيس هذا ".
4 - في (أ) " المثل " بدل ما بين المعقوفين.
5 - في (أ) قوت .
6 - الزيادة من (أ) .
7 - في (أ) قال .
8 - الغيث المدرار ج٢(خ).
9 - ينظر شرح الأزهار (ج ٢ / ص ٤٤٥)،و المبسوط للسرخسي (ج٦/ص١٨٨).
10 - المجموع - (١٧ / ٢٨).
11 - الأزهار (ج ١ / ص ٧٦).
12 - في (أ) جهلاً .
13 - الأزهار (ج ١ / ص ٧٦) بنحوه .

قوله عليلم: " **وحِصَّةُ مَا فَعَلَ وَقَدْ طَلَبَتْهُ ثَلَاثًا أَوْ لَهَا وَلِلْغَيْرِ حَسَبَ الْحَالِ** "أي ويلزم الزوجة لزوجها حصة ما فعله من التطليقات، حيث طلبته أن يطلقها ثلاثاً بألف مثلاً، فطلقها واحدة فإنه يستحق ثلث الألف [وإن طلقها تطليقتين استحق ثلثي الألف][١] ويقع الخلع، فإن أراد أن يتم له الألف عقد بها ثانياً ثم طلقها، ثم عقد بها ثم طلقها ولابد من حصول النشوز في الجميع، وكذا حيث طلبت الخلع لها ولغيرها من زوجاته، نحو أن تقول طلقني [أنا][٢] وفلانة بألف فطلق إحداهما استحق نصف الألف، ومتى طلق الثانية في المجلس استحق كمال الألف، والألف يكون عليها حيث قالت بألف مني أو أطلقت فإن قالت مني، ومنها فطلقها لزمتها حصتها فقط وعلى تلك حصتها إن قبلت، وإلا لم تطلق، فإن طلقهما جميعاً بالألف وقبلتا طلقتا ثانياً ولزمهما الألف، وإن قبلت إحداهما لزمها نصفه وبانت، وسواءً قالت بألف أوعلى ألف على المذهب [٣].

وقال ح: إن قالت على ألف فطلق واحدة لم يستحق شيئاً حتى يكمل الثلاث، وإن قالت بألف استحق بواحدة ثلث الألف [٤].

قلنا: لا وجه للفرق وأما حيث سألت لها ولغيرها، فوجه صحة الخلع كونه يصح التبرع[٥/أ] بعوضه كما تقدم أما [٦] لو قال الزوج أنت طالق ثلاثاً على ألف فقالت قبلت واحدةً بثلاثة فإنه لا يقع عليها شيء، لأن الزوج لم يرض ببينونتها إلا بالألف، ولو قالت طلقني ثلاثاً بألف وقد كان طلقها اثنتين ولم يبق لها إلا واحدة فطلقها واحدة استحق جميع الألف، وإن كان بقيت لها اثنتان استحقه بالاثنتين، قيل[٧] وإن قالت عشراً بألف استحق بالواحدة العشر، وبالاثنتين الخمس، وبالثلاث الجميع ونحو ذلك[٨].

فقوله حسب الحال إشارة إلى الصور المذكورة ونحوها .

قوله عليلم: " **وقِيمَةُ مَا اسْتَحَقّ** " أي ويلزمها للزوج قيمة العوض إذا استحقه الغير، نحو أن يخالعها على عين فينكشف كونها لغيرها، فيلزمها للزوج قيمة تلك العين، فإن

1 - الزيادة من (ب،ج) .
2 - الزيادة من (أ) .
3 - شرح الأزهار (ج ٢ / ص ٤٤٦).
4 - المبسوط للسرخسي (ج٦/ص١٧٣).
5 - نهاية ورقة ١٠٩ من (ب).
6 - في (أ) قبلها (واو) .
7 - في (أ) قال .
8 - البحر الزخار (ج ٧ / ص ٢٧١).

صارت إلى ملكها سلمتها له، ولو لم يكن له أن يطالبها بقيمتها عند م بالله، ويأتي كلام الأستاذ[١] أنه لا يستحق إلا القيمة [٢].

قيل: وهذه المسألة مبنية على أنّ الزوج عند العقد جاهل كون تلك العين للغير، إذ لو كان عالماً بذلك لم يستحق شيئاً على المذهب لأن خروج البضع لا قيمة له عندنا،[٣] ويقع الطلاق رجعياً.

قوله عليلم: " **وقَدْرُ ساقط جاهلاً فيهما** " أي في صورة المستحق وصورة الساقط أما صورة المستحق فقد تقدم الكلام فيها، وأما صورة الساقط فنحو أن يخالعها على مهرها، وقد كان سقط عنه بإبراء أوغيره، فإنه يلزمها للزوج قدر ذلك الساقط، حيث كان جاهلاً لسقوطه، فإن كان عالماً بسقوطه لم يلزمها له شيء، ولا فرق بين أن يكون هو المبتدئ أو هي.

قيل: ذكره الفقيه ف في الرياض [٤]، واختاره المؤلف عليلم لأن إجابتها له تغرير كما لو باع رجل مالاً فاستحق فإن المشتري يرجع عليه بما لحقه، سواءً باعه بسؤال المشتري أم لا إذ العلة هي جهل الزوج، فهو مع الجهل مغرور في المسألتين كلتيهما، ولا عبرة بكونه المبتدئ أوهي.

ولما كان هذا هو القوي عند المؤلف عليلم، حذف قوله في الأزهار" ولا تغرير إن ابتدأ" [٥].

و[كذا] [٦] قوله "أو هو[٧] وهي المبتدأة"[٨] وأشار إلى [ضعف] [٩] جعل الفرق للمذهب كما في الأزهار والتذكرة [١٠]، بقوله[١١] " لهب [١٢] غَالِبًا " احتراز مما إذا كان الزوج هو المبتدئ للزوجة فإنه لا يستحق عليها شيئاً،

---

1 -هو إسماعيل بن علي بن أحمد البستي الجيلي الزيدي المتكلم الفقيه أبو القاسم الأستاذ إذا أطلق في الشرح ، من أصحاب المؤيد ، له مؤلفات في علم الكلام الموجز ، توفي في حدود العشرين والأربعمائة .(ترجمة رجال شرح الأزهار -ضمن كتاب شرح الأزهار - (ج١/ص٧) .

2 - شرح الأزهار - (ج ٢ / ص ٢٦١) .

3 - شرح الأزهار - (ج ٢ / ص ٤٥٢) .

4 - الرياض الظاهرة على التذكرة الفاخرة للفقيه يوسف بن أحمد الثلائي المتوفى (٨٣٢هـ) (خ) .

5 - الأزهار (ج ١ / ص ٧٦).

6 - الزيادة من (ج) .

7 - في (أ) هي بدل هو .

8 - الأزهار (ج ١ / ص ٧٦) .

9 - الزيادة من (ب،ج).

10 - التذكرة الفاخرة (ص٢٩٢).

11 - في (ج) لقوله بدل بقوله .

12 - أي "للمذهب".

ولو كان جاهلاً وذلك على ما في الأزهار [١].

تنبيـــــهٌ: قال في الغيث: وإنما لزمها قدر ما جهلا سقوطه، لأن العوض قد لزمها في مقابلة الطلاق على مقتضى الآية والخبر، فلما استوفت الطلاق وبطل العوض المعيّن رجع بقدره كالثمن إذا استحق، وكذا إذا كان منها تغرير.

وأما إذا علما أو علم هو فلا شيء له، لأنه قد رضي بخروج البضع من غير قيمة[٢/] ولا قيمة لخروجه فلم يستحق شيئاً، فوقع الطلاق رجعياً [انتهى] [٣][٤].

قوله عليلم: " **ويَنْفُذُ فِي الْمَرَضِ مِنْ الثُّلُثِ** " أي وينفذ عوض الخلع إذا وقع في حال مرض الموت من ثلث تركة الملتزم [له][٥].

قال في الغيث: أما لو كان الملتزم للعوض مريضاً مستغرقاً ماله بالدين، فالأقرب أنّ المخالعة تصح وتكون في ذمته، لأن الذمة تسع انتهى [٦].

يعني فيصح الخلع ولو بطل العوض، لأنه ثابت في ذمة الملتزم وإنما منع من استيفائه تقدُّمُ استحقاق أهل الدين للتركة والله أعلم.

قوله عليلم: " **ولنحوها الرُّجُوعُ قَبْلَ الْقَبُولِ فِي الْعَقْدِ** " ومثال ذلك أن تقول له أنت بريء على أن تطلقني، أو تقول طلقني بألف فلها أن ترجع عن ذلك قبل أن يقول طلقت فلا يصح الخلع بعد ذلك.

ومفهوم العبارة أنه لا يصح الرجوع منها في الشرط، نحو أن تقول إن طلقتني فأنت برئ أو فعليَّ لك ألف، فإن رجعت قبل أن تطلق لم يصح رجوعها بل يلزمها ذلك متى طلق، وأمّا الزوج فلا رجوع له في العقد ولا في الشرط، [٧] نحو أن يقول أنت طالق على ألف، أو إن أعطيتني ألفاً فأنت طالق أو نحو ذلك، ثم يرجع قبل أن تقبل أو تعطيه، فإنه لا حكم لرجوعه، والوجه في ذلك أنّ العقد من جهته يتضمن الطلاق، وهو قوي النفوذ فلا يصح الرجوع عنه.

---

1 - الأزهار (ج ١ / ص ٧٦).
2 - نهاية ورقة ١٠٣ من (أ) .
3 - الزيادة من (ب،ج).
4 - الغيث المدرار ج٢(خ).
5 - الزيادة من (ب،ج).
6 - الغيث المدرار ج٢(خ).
7 - في (أ) تقديم وتأخير " فلا رجوع له في الشرط ولا في العقد.

وأما من جهة الزوجة فصح رجوعها في العقد، لأنه تمليك ولم يصح الرجوع في الشرط منهما، لأن الشروط لا يصح الرجوع فيها، هذا هو المذهب، وعن الناصر والسيد يحيى[١] أنه يصح رجوع الزوج في العقد والله أعلم [٢].

والمراد بنحو الزوجة العاقد غيرها ولياً أو أجنبياً هـ.

فائـــــدةٌ : مقتضى كلام الإرشاد وغيره من كتب الشافعية، أنه يصح رجوع الزوجة في العقد والشرط، ويصح رجوع الزوج في العقد لا [في][٣]الشرط، وعللوا ذلك في حق الزوجة بأنه من جانبها معاوضة على كل تقرير، وكذا في حق الزوج في العقد كسائر المعاوضات، لا في الشرط تغليباً لحكم التعليق في حقه والله أعلم [٤].

---

1 - في (أ) رمز له بالسيد ح.
2 - البحر الزخار (٧ / ٢٥٤) .
3 - الزيادة من (أ،ج) .
4 - ينظر الإرشاد (١٣٩).

"فَصْـــــلٌ"

[حكم الخلع]

وَهُوَ بَائِنٌ يَمْنَعُ الرَّجْعَةَ ولو شرطت والطَّلَاقَ "هذا بيان لحكم الخلع فالمذهب أنه طلاق باين، وعن الناصر وش في أحد قوليهما أنه فسخ، وهو قول الباقر والصادق[1]وابن عباس،[2] فلا يحسب تطليقة ولا يكون [فيه] [3]بدعة ولا سنة، وعلى قولنا أنه طلاق باين لا يتبعه الطلاق، ويصح أن يعقد بها عقداً جديداً قبل انقضاء العدة وبعدها، ولا يصح أن يراجعها من دون عقد جديد إذ ثمرة الخلع إزالة سلطان الزوج عليها لقوله تعالى **(** فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ **)** [4].

وعن أبي ثور أنه رجعي فيصح مراجعته لها [5]. لنا ما مر.

وعن ابن حنبل لا يصح أن يستأنفا نكاحاً جديداً لا قبل انقضاء العدة ولا بعدها.[6]

قال في الغيث: الحجة لنا ما روي عن سعيد بن المسيب[7] قال جعل رسول الله صلى الله عليه وآله " الخلع تطليقة واحدة"، [8] دل على أنها ليست كالثالثة فبطل قول أحمد.

وعن زيد بن علي عن أبيه عن جده عن علي عليلم قال إذا قبل الرجل من امرأته فدية، فقد بانت منه بتطليقه، دل على أنه طلاق باينٌ انتهى هـ[9].

وهذا الأثر عن علي عليلم مذكور في أصول الأحكام وغيره [10].

وفي التلخيص ما لفظه أنّ علياً قال:" إذا أخذ للطلاق ثمناً فهو واحدة"، ونسبه

---

1 - في (أ)تقديم وتأخير (الصادق والباقر).والأصل فيما أثبته .
2 - البحر الزخار - (ج ٧ / ص ٢٥٩)و شرح الأزهار (ج ٢ / ص ٤٥٠).
3 - الزيادة من (ب) .
4 - البقرة:٢٢٩.
5 - المجموع (١٧ / ١٢).
6 - المغني - (٨ / ١٨٥).
7- هو سعيد بن المسيب بن حزن أبو محمد القرشي من كبار التابعين ، أصلح بين علي وعثمان، قال ابن مكحول طفت الأرض في طلب العلم، فما لقيت أعلم من ابن المسيب، حج أربعين حجة، كان لا يفتي بفتوى ولا يقول شيئا إلا قال اللهم سلمني وسلم مني ، مات سنة ثلاث وتسعين (التاريخ الكبير ٥١٠/٣) .
8 - أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه - ما قالوا في الرجل إذا خلع امرأته كم يكون من الطلاق -رقم ١٨٤٣٣ (ج٤/ص١١٧) بدون ذكر " واحدة " و أصول الأحكام في الحلال والحرام - (١ / ٤٨٧)و شفاء الأوام - (٢ / ٢٧٠) قال صاحب التحقيق: وفي سنده ضعف فلا يصح ثم هو مرسل ثم نحمله على ما إذا نوى .ينظر (التحقيق في أحاديث الخلاف ج٢/ص٢٩٥).
9 - الغيث المدرار ج٢(خ) .
10 - أصول الأحكام رقم ٥١٦ (ج ١ / ص ٣٣١) وأمالي الإمام أحمد بن عيسى - (ج ٢ / ص ١٦٩).

إلى عبد الرزاق[١] [٢].

والقول بأنه طلاق مروي عن جماعة من الصحابة والتابعين، كما حكاه في البحر وغيره[٣]، وحكى في التلخيص تضعيف[٤] جميع تلك الروايات [٥].

واحتج القائلون بأنه فسخ [٦/]، بما أخرجه أحمد عن ابن عباس قال:" الخلع تفريق وليس بطلاق". وقال أحمد: ليس في الباب أصح منه [٧]، حكى ذلك في التلخيص [٨].

وفي شرح الإرشاد ما لفظه " ثم الخلع طلاق بائن [ينقص به العدد] [٩] [١٠]، فإذا خالعها ثلاث مرات لم تحل له إلا بمحلل، وليس فسخاً، لأنه لو كان فسخاً لما جاز على غير الصداق، لأن الفسخ يوجب استرجاع البدل، كما أنّ الإقالة لا تجوز بغير الثمن الأول، وقد جعله عثمان [رضي الله عنه] [١١][طلاقاً] [١٢]رواه ك في الموطأ وش عنه [١٣]، وكذلك عليّ وابن مسعود رواه عنهما ابن أبي شيبة انتهى [١٤].

وقول المؤلف عليلم ولو شرطت أي ولو شرط الزوج في المخالعة على زوجته أن له الرجعة عليها، فإن هذا الشرط يلغو ولا يمنع صحة الخلع، وقيل: بل يصير رجعياً ويسقط العوض، لأنه لما ذكر خاصية الخلع وهو العوض، وخاصية الرجعي وهي الرجعة تساقطا وبقي طلاقاً مطلق.

1- هو عبد الرزاق بن همام بن نافع الحميري مولاهم أبو بكر الصنعاني صاحب المصنف ثقة حافظ مصنف شهير عمي في آخر عمره فتغير وكان يتشيع، مات (٢١١هـ) وله خمس وثمانون(تقريب التهذيب (ج١ ص ٣٥٤) .

2 - أخرجه عبد الرزاق في مصنفه –كتاب الطلاق-باب الفداء رقم١١٧٥٥ (ج٦/ص٤٨٢). و ينظر التلخيص الحبير (ج٣/ص٢٠٥).

3 - البحر الزخار (٧ / ٢٥٩).

4 - في (أ) ضعف .

5 -التلخيص الحبير (ج٣/ص٢٠٥) .

6 - نهاية ورقة ١١٠ من (ب).

7 - الإنصاف للمرداوي (ج٨/ص٣٩٣).

8 -التلخيص الحبير (ج٣/ص٢٠٥) .

9 - في (أ) " تنقضي به العدة " بدل ما بين المعقوفتين، والصحيح ما أثبت.

10 - شرح الإرشاد (ص١٠٥) .

11 - الزيادة من (ج) .

12 - سقط من (ب) .

13 - الموطأ - رواية محمد بن الحسن - باب الخلع كم يكون من الطلاق- رقم ٥٦٢ بلفظ " عن أم بكر الأسلمية أنها اختلعت من زوجها عبد الله بن أسيد ثم أتيا عثمان بن عفان في ذلك فقال : هي تطليقة إلا أن تكون سمت شيئا فهو على ما سمت "(٢ / ٤٩٠). والأم - دار الفكر - (٥ / ١٢٣) .

14 -في مصنفه- ما قالوا في الرجل إذا خلع امرأته كم يكون من الطلاق- رقم١٨٤٣٩ (ج٤/ص١١٨).

قلنا: الشروط فيما عدا البيع والإجارة تلغو ويصح العقد، ذكر معنى ذلك في الغيث[1].

وقوله والطلاق: أي ويمنع الطلاق إذ هو طلاق باين كما تقدم، فلا يتبعه الطلاق، قيل: وم بالله يوافق هاهنا [2].

نعـــــم: والقول بأن الخلع يمنع الطلاق مطلقاً هو مذهب العترة وش، وأحمد وإسحاق[3]، وهو مروي عن ابن عباسٍ، وعروة بن الزبير، ووجهه أن العوض صيرها كالأجنبية، إذ لا يملك الرجعة عليها [4]، وعن ح والثوري [5] يلحقها الطلاق في العدة من الصريح دون الكناية، إذ الصريح طلاق فأشبهت الرجعية [6]. لنا ما تقدم.

وعن الحسن وك: يلحقها في القرب لا البعد، قال الحسن: والقرب أن يطلقها بايناً في المجلس لا بعده، وقال ك: هو أن يطلقها متصلاً بالخلع، والبعد أن ينفصل عنه.

قلنا: لا تأثير للقرب والبعد في ذلك، لما ذكرناه من زوال سلطان الزوج عليها فأشبهت الأجنبية [7].

قوله عليلم " **وَلَفْظُهُ كِنَايَةٌ** "أي [و] [8]لفظ الخلع كناية طلاق، وكذا لفظ المباراة [والمفاداة] [9]فإذا خالعتك أو بارأتك أو فاديتك بكذا أو على كذا فهو كناية طلاقٍ يفتقر إلى النية، ويقبل قوله في النية وعدمها، بخلاف لفظ الطلاق نحو طلقتك أو أنت طالق بكذا أو على كذا، فإنه صريح طلاق .

وهذا هو **المختار** للمذهب، وحكى في الكافي عن ط وهو قول أبي مضر أنه صريح مطلقاً للعرف، فلا يقبل قوله أنه أراد غير الطلاق، وعن ط أنه إن تقدم ذكر العوض فصريح وإلا فكناية [10].

قلنا: اللفظ محتمل للطلاق وغيره، وتقدم ذكر العوض لا يرفع ذلك الاحتمال.

---

1 - الغيث المدرار ج٢(خ) .
2 - شرح الأزهار - (ج ٢ / ص ٤٥٠) .
3 - المرجع السابق و الأم - دار الفكر - (٥ / ٢١٣)و الكافي في فقه ابن حنبل - (٣ / ١٤٦) والمغني (٨ / ١٨٥).
4 - الأم - (٧ / ٣١). الإقناع للشربيني - (٢ / ٤٣٦).
5 - في (ب) النووي.
6 - البحر الرائق - (٣ / ٣٣٠).
7 - البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار (ج ٧ / ص ٢٦٧) .
8 - الزيادة من (أ) .
9 - سقط من (أ) .
10 - شرح الأزهار - (ج ٢ / ص ٤٥٠) .

قوله عليلم: " **ويَصِيرُ مُخْتَلُّهُ رَجْعِيًّا غَالِبًا** " يعني إذا اختل شيء من القيود المتقدمة المعتبرة في صحة الخلع كان الطلاق رجعياً لا بايناً، وذلك نحو أن يطلقها على عوض غير مال، أو على عوض صار جميعه إلى غير الزوج أو بعوض من الزوجة وهي غير ناشزة، أوغير صحيحة التصرف[1/] بأن تكون صغيرة أو مجنونة على المختار للمذهب في جميع ذلك[٢].

وقيل: أما حيث هي[٣]صغيرة أو مجنونة، والعوض منها فلا يقع الطلاق لأنه علقه بالعوض، ولا حكم لبذلها العوض، ولأنه لا حكم لقبولها فلم يقع عوض ولا قبول صحيح، فلا يقع الطلاق أصلاً، وأما حيث كان العوض منها أكثر، لزمه بعقد النكاح، فعلى ما خرجه م بالله للهادي يكون الطلاق رجعياً، وكذا حيث وقع القبول في غير مجلس الطلاق على الصحيح [٤].

وقوله:" غالباً " احتراز من صورٍ منها:

أن يخالعها بأكثر مما لزمه لها بعقد النكاح شرطاً، نحو أن يقول إن أعطيتني ألفاً فأنت طالق، فأعطته الألف، وهو أكثر مما لزمه لها بعقد النكاح، فإن الخلع هنا لا يكون رجعياً ولا بايناً، بل لا يقع طلاق لأنه شرط وقوع الطلاق، بأن تعطيه ألفاً يصح له تملكه جميعه، والألف هنا لا يصح له تملكه، فلم يحصل شرط الطلاق، بخلاف ما إذا خالعها على ذلك عقدا، فإنه يصير رجعياً كما تقدم هـ[٥].

ومنها: أن يقول أنت طالق على هذه الأرض، إن كانت لك ولم تخرج عن ملكك، وكان الظاهر أنها لها، وتقبل المرأة ثم ينكشف أن الأرض ليست لها، واستحقت [٦]من يد الزوج فإن الطلاق يكون باطلاً رأساً فإن كانت قد تزوجت غيره بطل ذلك النكاح، لانكشاف بطلان الطلاق، وبقيت امرأة للمطلق وكذا ما أشبه ذلك هـ[٧].

ومنها: أن يخالعها من غير نشوز، منها شرطاً لا عقداً، نحو أن يقول إذا أبرأتني فأنت طالق، فأبرأت فإن الخلع لا يصير رجعياً ولا باينا، لأنه علق الطلاق ببراءة ذمته، وذمته لا تبرأ لعدم النشوز، فلا يقع الطلاق [٨].

---

1 - نهاية ورقة ١٠٤ من (أ) .
2 - شرح الأزهار - (ج ٢ / ص ٤٥١) .
3 - في (ج) زيادة[صحيحة] بعد هي.
4 - شرح الأزهار (ج ٢ / ص ٤٣٧).
5 - شرح الأزهار - (ج ٢ / ص ٤٥١) .
6 - في (ب،ج) يستحق.
7 - شرح الأزهار - (ج ٢ / ص ٤٥١).
8 - المرجع السابق.

قيل ح: وإذا كان الزوج يعتقد أن العقد كالشرط، فأنه في هذه الصورة لا يقع الطلاق ولا البراء [١].

وحذف المؤلف[عليلم] [٢] قوله في الأزهار: " ويُقْبَلُ عِوَضُهُ الْجَهَالَةُ " [٣] لفهم ذلك من قوله في أول الباب على عوض مالٍ، ومن قوله فيما سيأتي، ويتَعَيَّنُ أَوْكَسُ الْجِنْسِ الْمُسَمَّى[٤]، والوجه في قبوله الجهالة أن خروج البضع لا قيمة له عندنا، والعوض ليس بعوض عنه وإنما هو عوض عن فعل الطلاق، ولهذا لا يرد[عندنا][٥]بالعيب ولا بالرؤية فلما لم يكن عوضاً حقيقياً أشبه الإقرار والوصية، فقبل الجهالة مثلهما، وسيأتي وجه قبولهما للجهالة إن شاء الله تعالى .

قوله عليلم: " **ويتَعَيَّنُ أَوْكَسُ [الْجِنْسِ]**[٦] **الْمُسَمَّى** " فإذا سمي في عوض الخلع جنساً تعين أوكس ذلك الجنس، أي أدناه لا أعلاه ولا أوسطه، فإن خالعها على عبد [لزمها له][٧] أدنى عبد، وإن خالعها على هذا العبد وهذا استحق أدناهما، فلو تزوجها على عبد غير معين ثم خالعها على عبد غير معين أيضاً، لزمه لها الأوسط [٨] ولزمها له الأدنى، والوجه في لزوم الأدنى في عوض الخلع ما تقدم من شبهه بالإقرار والوصية، وأما النكاح فيلزم فيه الوسط كما تقدم هـــ.

تنبيـــــــهٌ: وحيث خالعها على شيء مسمىً يستحقه عليها إذا كان قدر ما لزمه لها أو دونه كما تقدم.

ولها مهرها حيث هو باق عليه **هذا مذهبنا**[٩] وهو قول ش[١٠] وعند ح أن الخلع يقتضي المباراة من كل شيء فلا يبقى لأيهما حق على الآخر حتى الشفعة والرد بالعيب وغير ذلك، ولا وجه لذلك [١١].

---

1 - شرح الأزهار - (ج ٢ / ص ٤٥٢).
2 - الزيادة من (أ) .
3 - الأزهار - (ج ١ / ص ٧٧).
4 - المرجع السابق.
5 - الزيادة من (ب) .
6 - سقط من (ب،ج) .
7 - في(ج) لزمه لها .
8 - في (أ) الوسط.
9 - البحر الزخار - (ج ٧ / ص ٣٠٣) .
10 - الأم - دار الفكر - (٥ / ٢١٧) .
11 - المبسوط - (٥ / ٣٢) و البحر الزخار (ج ٧ / ص ٣٠٣).

وحذف [١/] قوله في الأزهار "ويَبْطُلُ الْخُلْعُ بِبُطْلَانِهِ غَيْرِ تَغْرِيرٍ لَا الطَّلَاقُ" (٢) لاستفادة ذلك من قوله فيما تقدم.

وقدر ساقط جاهلاً فيهما إذ مفهومه [أنه](٣) إذا كان عالماً لم يلزمها له شيء، ويستفاد وقوع الطلاق رجعياً من قوله فيما تقدم، ويَصِيرُ مُخْتَلَه رَجْعِيًّا هــ.

1 - نهاية ورقة ١١١ من (ب).
2 - الأزهار - (ج ١ / ص ٧٧).
3 - الزيادة من (ب) .

"فصـــــــلٌ"

[أحكام الطلاق]

" **والطَّلَاقَ لَا يَتَوَقَّتُ** " هذا الفصل معقود لبيان أحكام الطلاق، فمنها أنه لا يتوقت، فإذا[١] قال لزوجته أنت طالق شهرا أو سنة أو نحو ذلك طلقت مستمراً إجماعاً،[٢] ووجهه القياس على العتق بخلاف الظهار والايلاء، فإنه يصح توقيتهما كما سيأتي.

قوله عليلم: " **ولَا يَتَوَالى** "هذا باقي الأحكام المذكورة فلا تقع طلقتان إلا إذا تخلل بينهما رجعة، أو عقد سواءً وقع بلفظ واحد نحو أنت طالق ثلاثاً أو بألفاظ، نحو أنت طالق، أنت طالق، أنت طالق ونحو ذلك، فإنه لا يقع في جميع ذلك إلا طلقة واحدة على المذهب، نص عليه الهادي عليلم في الجامعين،[٣] وهو قول القاسم والباقر والصادق وأحمد بن عيسى[٤]، وعبدالله بن الحسن[٥] وإحدى الروايتين عن علي عليلم، وابن عباس وزيد بن علي،[٦] ورواه في المنتخب عن أبي موسى[٧] وعطاء، وطاووس وجابر بن زيد [٨]، وبه قال محمد[٩] وإسحاق[١٠][١١].

---

1 - في (أ) فلو.

2 - شرح الأزهار - (ج ٢ / ص ٤٥٣).

3 -المقصود بالجامعين(الأحكام في الحلال والحرام - (١ / ٤٥١) و(المنتخب للإمام الهادي يحيى بن الحسين ج ١ / ص ١٦٣).

4 - هو الإمام أحمد بن عيسى بن زيد بن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب المتوفى في البصرة سنة ٢٤٠هـ ، مؤلف كتاب الأمالي وتسمى (العلوم)وهي جامعة بين فقه الإمام علي بن أبي طالب والإمام الباقر، و القاسم الرسي، وأحمد بن عيسى، وجامعة أيضاً بين الفقه والآثار مع اشتمالها على الأحاديث المسندة، ينظر طبقات الزيدية الكبرى ق٣ - (ج ١ / ص ١٨).

5 - هو عبد الله بن الحسن بن الحسن بن علي بن أبي طالب أبو محمد، تابعي، روى عن زيد بن علي، ورأى جابر بن عبدالله الأنصاري، وسمع عن أبي عامر الأسلمي من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وآله. تسمية من روى عن الإمام زيد بن علي عليه السلام من التابعين لمحمد بن علي بن عبد الرحمن العلوي(١ / ٢٤).

6 - البحر الزخار (ج ٧ / ص ٢٤٤) .

7 - هو أبو موسى الأشعري عبد الله بن قيس سكن الكوفة وكان أحسن أصحاب رسول الله صلى الله عليه و سلم صوتا قال رسول الله صلى الله عليه و سلم لقد أوتي هذا مزمارا من مزامير آل داود وكان عمر استعمله على البصرة وهو أفقههم وأعلمهم وولى الكوفة أيضا زمان عثمان رضي الله عنهم وفتح تستر .(الثقات للعجلي - (٢ / ٥٢).

8 - المنتخب ويليه كتاب الفنون- مما سأل عنهما القاضي العلامة محمد بن سليمان الكوفي الإمام الهادي إلى الحق يحيى بن الحسين بن القاسم-دار الحكمة اليمانية .ط١/ ١٤١٤هـ -١٩٩٣(ص ١٦٣).

9 - هو أبو عبد الله محمد بن الحسن الشيباني وقد تقدمت ترجمته.

10- هو إسحاق بن إبراهيم بن مخلد المعروف بابن راهويه، الإمام الكبير، شيخ المشرق، سيد الحفاظ، كتب عن خلق من أتباع التابعين وسمع من ابن المبارك، ولد في سنة ١٦٣هـ. وتوفي ليلة نصف شعبان ٢٣٨هـ. كما قال ابنه محمد. سير أعلام النبلاء - (١١ / ٣٥٨) .

11 - مسائل الإمام أحمد بن حنبل وابن راهويه لإسحاق بن منصور بن بهرام -الكوسج أبو يعقوب التميمي المروزي- ت:٢٥١هـ تحقيق خالد بن محمود الرباط - وئام الحوشي - د. جمعة فتحي -دار الهجرة سنة النشر ١٤٢٥ هـ -٢٠٠٤ م الرياض / السعودية، (١ / ٣٧٣).والمحيط البرهاني (٣ / ٥٥٢) –إلا أن المنصوص عن محمد روايتان، رواية: تقع اثنتان كما هو قول أبي يوسف رحمه الله، و رواية تقع واحدة.

هذا في الصورة الأولى، وهي حيث يوقع الثلاث بلفظ واحد، وذهب م بالله وك، وش وح وأكثر الفقهاء، وهو الأشهر من مذهب الناصر، أن الثلاث تقع كلها[١]، وهو إحدى الروايتين عن علي عليلم وابن عباسٍ، وهو قول ابن عمر وأبي هريرة وعائشة وغيرهم، وتوقف في ذلك ع لتعارض الأدلة هـ[٢].

وأما الصورة الثانية: وهي[٣]حيث أوقع الثلاث بألفاظ متعددة.

قال في الغيث: ففيها ثلاثة أقوال:

الأول قول الهادي عليلم: أنها تكون تطليقة واحدة، لأن الطلاق لا يمنع الطلاق، سواء كانت مدخولاً بها أم لا، وهو قول الناصر عليلم هـ.

القول الثاني: لمالك والليث[٤] قيل وهو قول للشافعي: أن الطلاق يتبع الطلاق [سواء][٥] كانت مدخولاً بها أم لا هـ[٦].

القول الثالث: للمؤيد بالله وهو ظاهر قول القاسم وح وش، أن الطلاق يتبع الطلاق في المدخولة، إذا لم تكن مخالعةً، ما دامت المطلقة في العدة [٧].

فأما غير المدخولة فلا يلحقها عند هؤلاء .

الحجة لنا على الصورة الأولى وجهان: أحدهما ما رواه الهادي عليلم يرفعه إلى جعفر بن محمد عن أبيه عن جده عن علي عليلم أنه كان يقول فيمن طلق ثلاثاً بكلمة واحدة أنه يلزمه تطليقة واحدة، ويكون له على زوجته الرجعة ما لم تنقض العدة .

قال الإمام عليلم: وهو لا يقول ذلك إلا عن توقيف، إذ لا مساغ للاجتهاد فيه، فأشبه المسند يعني المرفوع ، تمت .

الوجه الثاني: قوله تعالى﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ﴾[٨] فأخبر سبحانه أن الطلاق مرتان بعدهما ثالثة وهو عام، لأن اللام للجنس ومن قال أنت

---

1 - شرح الأزهار - (ج ٢ / ص ٤٥٤) .

2 - البحر الزخار (ج ٧ / ص ٢٤٤).

3 - في (أ) وهو.

4-هو الليث بن سعد بن عبد الرحمن أبو الحارث المصري أحد الأعلام ، روى عن الزهري وعطاء وخلق، وعنه ابنه شعيب وابن المبارك وخلق كان فقيه، عربي اللسان ، ثقة ولد سنة أربع وتسعين، ومات في شعبان سنة خمس وسبعين ومائة . طبقات الحفاظ (١٠١/١) .

5 - سقط من (ب،ج) .

6 - الغيث المدرار ج٢(خ) و بداية المجتهد (ج٢/ص٤٨) وبدائع الصنائع (ج٣/ص 140) و المهذب (ج٢/ص٧٩).

7 - شرح الأزهار - (٢ / ٤٥٥) و المهذب (ج٢/ص٨٤).

8 - البقرة:٢٢٩.

طالق ثلاثاً لم تطلق مرتين ولا ثلاثاً، يصحح ذلك ما روي عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ أنه قال" كَانَ الطَّلاَقُ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ صلى الله عليه وآله وَأَبِى بَكْرٍ وَسَنَتَيْنِ مِنْ خِلاَفَةِ عُمَرَ الثَّلاَثِ وَاحِدَةً فَقَالَ عُمَرُ إني أرى النَّاسَ قَدِ اسْتَعْجَلُوا في أَمْرٍ كان لَهُمْ فِيهِ أَنَاةٌ ، فَلَوْ أَمْضَيْنَاهُ [عَلَيْهِمْ][1] فَأَمْضَاهُ"[2]، وهذا تصريح **بمذهبنا** انتهى [3].

قلت: وهذا الحديث قد أخرجه مسلم في صحيحه.

قال في الغيث: وأما حجتنا[4/] على الصورة الثانية أعني أن الطلاق لا يتبع الطلاق بألفاظ فقوله صلى الله عليه وآله في حديث ابن عمر "مره فليراجعها" [5][6]، فلو كان الطلاق يتبع الطلاق لم يحتج إلى ارتجاعها بل يأمره أن يطلقها بعد ذلك تطليقة في طهر آخر انتهى[7].

وحديث ابن عمر هذا قد أخرجه الستة بروايات عدة، ولفظه في إحدى روايات الصحيحين عن ابن عمر أنه طلق امرأته وهي حائض، فذكر ذلك عمر[8] لرسول الله صلى الله عليه وآله فتغيظ منه[9] رسول الله صلى الله عليه وآله ثم قال ليراجعها ثم يمسكها حتى تطهر ثم تحيض فتطهر[10] فإن بدا له أن يطلقها فليطلقها قبل أن يمسها فتلك العدة كما أمر الله [عز وجل] [11]انتهى .

واحتج في البحر على أن الطلاق لا يتبع الطلاق، بقوله تعالى:(فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ) [12] قال فجعل وقوع الثالثة كالمشروط بأن يكون في حال يصح منه فيه الإمساك إذ[13] من حق كل مخيرين أن يصح أحدهما في الحال الذي يصح فيه الآخر، وإلا

---

1 - سقط من (ب).

2 - أخرجه مسلم في صحيحه - كتاب الطلاق- باب الطلاق الثلاث رقم ١٤٧٢ بلفظ " كَانَ الطَّلاَقُ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ -صلى الله عليه وسلم- وَأَبِى بَكْرٍ وَسَنَتَيْنِ مِنْ خِلاَفَةِ عُمَرَ طَلاَقُ الثَّلاَثِ وَاحِدَةً فَقَالَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ إِنَّ النَّاسَ قَدِ اسْتَعْجَلُوا فِي أَمْرٍ قَدْ كَانَتْ لَهُمْ فِيهِ أَنَاةٌ فَلَوْ أَمْضَيْنَاهُ عَلَيْهِمْ. فَأَمْضَاهُ عَلَيْهِمْ." (ج٢/ص١٠٩٩) .

3 - الغيث المدرار ج٢(خ)و شرح الأزهار - (٢ / ٤٥٤) و المختار من صحيح الأحاديث والآثار - لمحمد بن يحيى بن حسين(١ / ٥٣٨).

4 - نهاية ورقة ١٠٥ من (أ) .

5 - في (ب،ج) فليرتجعها .

6 - سبق تخريجه صـــ٩٧.

7 - الغيث المدرار ج٢(خ) .

8 - في (ج) لعمر .

9- في (ب،ج) فيه .

10- في (ب، ج) ثم تطهر والصحيح ما أثبته.

11-في (أ) تعالى بدل عزو جل، والحديث في صحيح البخاري -باب تفسير سُورَةُ الطَّلَاقِ، رقم ٤٦٢٥(ج٤/ص١٨٦٤).

12 - البقرة:٢٢٩.

13- في (أ) "أو" والصحيح ما أثبته.

بطل التخيير فإذا لم يصح الإمساك إلا بعد الرجعة لم تصح الثالثة إلا بعدها لذلك، وإذا لزم في الثالثة لزم مثله في الثانية، إذ لم يفصل بينهما أحدٌ انتهى هـ[١].

واحتج المخالفون بظاهر قوله تعالى**(الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ)**[٢] قالوا والظاهر عدم تخلل الرجعة [٣].

قلنا: منع حملها على ظاهرها نحو حديث ابن عمر وقد تقدم.

واحتجوا [أيضاً] [٤]بحديث ركانة ولفظه في إحدى روايتي أبي داود أَنَّ رُكَانَةَ بْنَ عَبْدِ يَزِيدَ[٥] طَلَّقَ امْرَأَتَهُ سُهَيْمَةَ [٦]الْبَتَّةَ فَأَخْبَرَ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وسلم[٧] بِذَلِكَ[٨] وَقَالَ وَاللَّهِ مَا أَرَدْتُ إِلَّا وَاحِدَةً [فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَاللَّهِ مَا أَرَدْتَ إِلَّا وَاحِدَةً فَقَالَ رُكَانَةُ وَاللَّهِ مَا أَرَدْتُ إِلَّا وَاحِدَةً] [٩] فَرَدَّهَا إِلَيْهِ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ[١٠]فَطَلَّقَهَا الثَّانِيَةَ فِي زَمَانِ عُمَرَ وَالثَّالِثَةَ فِي زَمَانِ عُثْمَانَ [١١].

قالوا: ولو كانت الثلاث غير واقعة، لم يكن لتحليفه معنىً [١٢].

قلنا: أحاديثنا أصرح وأرجح إذ هي في الصحيح.

وقد احتجوا بآثارٍ عن ابن عباس وابن مسعود وغيرهما، ونحن نحملها على الاجتهاد فلا تكون حجة والله أعلم.

وإنما حذف المؤلف

---

1 - البحر الزخار (ج ٧ / ص ٢٤٤) .

2 - البقرة:٢٢٩.

3 - البحر الزخار (ج ٧ / ص ٢٤٤) و تفسير القرطبي - (٣ / ١٣١) .

4 - الزيادة من (ج) .

5- هو ركانة بن زيد بن هاشم القرشي ، يعد في أهل الحجاز ، صارع النبي r فصرعه رسول الله روى عن النبيr وعنه ابنه ركانة ، مات في أول ولاية معاوية ، وفي إسناده وخبره نظر (مشاهير علماء الصحابة للبستي ط: دار الكتب العلمية : بيروت بتحقيق م/ فلايشهمر (٣٤/١). و(الثقات للبستي - دار الفكر الطبعة الأولى ١٣٩٥ه/١٩٧٥م تحقيق السيد شرف الدين احمد (١٣٠/٣).

6- هي سهمية بنت عمير المزنية زوج ركانة (الاستيعاب ١٨٦٦/٤)

7 - في أصل النسخة "وآله " بدل" وسلم". وفي (ب) ص~ .

8 - في (ب،ج) فأخبر بذلك النبي .... .

9 - سقط من (ج) .

10 - في أصل النسخة "وآله " بدل" وسلم" .وفي (ب) ص~ .

11- خرجه أبو داود في سننه - كتاب الطلاق- باب البتة رقم٢٢٠٦ -(ج٢/ص٢٦٣) والترمذي في سننه- كتاب الطلاق واللعان- بَاب مَا جَاءَ فِي الرَّجُلِ يُطَلِّقُ امْرَأَتَهُ الْبَتَّةَ (ج٣/ص٤٨٠). وابن ماجة في سننه -كتاب الطلاق- بَاب طَلَاقِ الْبَتَّةِ - رقم٢٠٥١ (ج١/ص٦٦١).والحديث معلول بل ضعيف .ينظر التلخيص الحبير (ج٣/ص٢١٣)وضعيف سنن أبي داود للألباني (ص ٢١٨).

12 - الكافي في فقه ابن حنبل ج٣/ص١٦٢ .

[عليلم][1] قوله في الأزهار" **مُتَعَدِّدُهُ بِلَفْظٍ أَوْ أَلْفَاظٍ** " [2]اختصاراً [لفهم ذلك] [3] من قوله ولا يتوالى هـ.

وحذف أيضاً قوله " وَلَا تَلْحَقُهُ الْإِجَازَةُ " [4] لظهوره، إذ الطلاق استهلاك كالعتق، والإجازة لا تلحق الاستهلاكات .

قوله عليلم:" **لَكِنْ يُتَمَّمُ [كَسْرُهُ**] [5] " هذا ثالث الأحكام المذكورة، فإذا قال لامرأته أنت طالق نصف طلقه، أو عشر طلقه أو نحو ذلك، وقعت عليها طلقة تامة .

فهذا معنى يتمم كسره، وهكذا إذا قال لأربع نسوة له بينكنّ تطليقة وقعت على كل واحدة منهنّ، [تطليقة فإن قال بينكن تطليقة ونصف وقعت على كل واحدة منهن] [6] تطليقتان عند أهل الثلاث، وهذا مذهب العترة والفريقين، أعني أن كسر الطلاق يتمم [7].

قيل: ولا خلاف فيه إلا عن داود[8] وربيعة[9] فقالا: لا يتمم كسره، ولا يسري بل يلغو حينئذ [10].

[و][11] قال في البحر: قلنا لم تفصل الأدلة بين بعضه وكلِه في أنه واقع لعموم **(** فَطَلِّقُوهُنَّ **)** [12] ومن أوقع[/13] بعض طلقة فقد طلق[14].

1- الزيادة من (أ) .

2 - الأزهار - (ج ١ / ص ٧٧).

3- الزيادة من (أ،ب) .

4 - الأزهار - (ج ١ / ص ٧٧).

5- سقط من (أ،ج) .

6- سقط من (ج) .

7 - البحر الزخار (ج ٧ / ص ٢٢٢).

8 - هو: أبو سليمان داود بن علي خلف الفقيه الظاهري، إمام أهل الظاهر، أصبهاني الأصل، سكن بغداد، وكان من أهل قاشان بلدة عند أصبهان، سمع سليمان بن حرب، وعمرو بن مرزوق، و إسحاق بن راهويه ، وغيرهم.و روى عنه ابنه محمد بن داود، و زكريا بن يحيى الساجي، ويوسف بن يعقوب وغيرهم. هو أول من أظهر انتحال الظاهر، ونفي القياس في الأحكام قولا، واضطر إليه فعلا فسماه دليلا، كان ورعا ناسكا زاهد، ولد سنة إحدى ومائتين، ومات ببغداد سنة سبعين ومائتين. الأنساب للسمعاني لأبي سعيد عبد الكريم بن محمد بن منصور التميمي السمعاني- دار الفكر - بيروت - ١٩٩٨م، ط١، تحقيق: عبد الله عمر - (٤ / ٩٩).

9 - هو ربيعة الرأي، ربيعة بن فروخ التيمي بالولاء، المدني، أبو عثمان، إمام حافظ فقيه مجتهد، كان بصيرا بالرأي أي القياس، والقول بالرأي فيما لم يوجد فيه حديثاً أو أثراً) فلقب (ربيعة الرأي) قال ابن الماجشون: ما رأيت أحد أحفظ لسنة من ربيعة، وكان صاحب الفتوى بالمدينة وبه تفقه الإمام مالك، مات سنة ١٣٦هـ . الأعلام للزركلي (٣ / ١٧).

10 - البحر الزخار (ج ٧ / ص ٢٢٢).

11- الزيادة من (ج) .

12 - الطلاق:١.

13 - نهاية ورقة ١١٢ من (ب).

14 - البحر الزخار (ج ٧ / ص ٢٢٢).

مســألة(١): إذا كانت الأعداد جبوراً قسمت كما هي، فإن قال لثلاث بينكن ثلاث تطليقات، وقعت على كل واحدة [منهنّ] (٢) واحدةٌ من غير حاجة إلى تشريك في كل واحدةٍ.

وإن كانت كلها كسوراً فكل كسر واحدة، وإن كانت جبوراً وكسوراً فقسه على ذلك، فلو قال لثلاث بينكن ثلاث ونصف تثنى على كل واحدة منهن ونحو ذلك، وإذا قال للأربع عليكنّ عشر طلقة أو نحوه أو طلقة أو طلقتان أو ثلاث أو أربع وقع على كل واحدة طلقة، فإن زاد عدد الطلاقات على عددهنّ إلى ضعفهن تثنى عليهنّ، فإن زاد على ضعفهنّ بثلاث، ولو قال نصف طلقتين لم تقع إلا واحدة على الأصح، لأنّ نصف الثنتين واحدة وكذا حيث قال نصفي طلقة، إلا أن يريد نصفاً من طلقة ونصفاً من طلقة أخرى، وقعت طلقتان عملاً بقصده ونحو ذلك .

وجميع ما سبق على قول أهل الثلاث، وأمّا على المذهب فلا يقع إلا طلقة في جميع الصور المذكورة (٣).

قوله عليلم:" **ويَسْرِي** " هذا رابع الأحكام المذكورة، وهو أن الطلاق يسري فإذا أوقع [الطلاق] (٤)على جزءٍ من الزوجة سرى إلى سائرها، نحو أن يقول رأسك طالق، أو يدك طالق، أو أي أعضائها ، وكذا حيث أوقع الطلاق على جزءٍ مشاع منها، كأن يقول نصفك طالق أوعشرك أو نحو ذلك، وكذا روحك على الصحيح .

وكذا كل متصل بها كالشعر، لا غير المتصل، كالصوت والنفس بفتح الفاء، والريق وسائر الفضلات، إذ هي مجاورات لا متصلات، ومنها الدم على الأصح، وكذا لو قال حسنك طالق أو جمالك أو لونك أو نحو ذلك، فلا يقع بذلك شيء منها[إذ ليس(٥) من أجزائها](٦) وكذا لو قال ذَكَرُك أَوْ لِحْيَتُك، فإنها لا تطلق إجماعاً إذ لم يوقع الطلاق على شيء منها، وكذا لو قال يدك أو نحوها وهي مقطوعة أوعينك وهي مقلوعة (٧).

وعن ح أنه لا يقع الطلاق إلا حيث أوقعه على عضوٍ يعبر به عن الجملة كالرأس والعنق والجسد (٨)،

1- في (ج) "قلت " بدل "مسألة".
2- الزيادة من (ب) .
3 - شرح الأزهار - (ج ٢ / ص ٤٥٦).
4- الزيادة من (أ) .
5 - في(ج) ليست.
6 - سقط من (أ).
7 - البحر الزخار (٧ / ٢١٣).
١ - البحر الرائق شرح كنز الدقائق لزين الدين ابن نجيم الحنفي، - دار المعرفة - بيروت، ط٢/ (ج ٣ / ص ٩٠).

ذكر معنى ذلك[١] في الغيث [٢]، وعنه لا يقع حيث أوقعه على شيء معين منها، إذ المعين كالمنفصل ذكر معناه في البحر[٣].

وعن داود وربيعة أن الطلاق لا يسري مطلقاً، فلا يقع شيء في أي الصور المذكورة ونحوها [٤].

قيـــل: وهو خلاف الإجماع، ووجه الوقوع أن المرأة لا تتبعض في النكاح فكذا في الطلاق .

وقد استدل على وقوعه بالإجماع وبالقياس على العتق، بجامع أنّ كلاً منهما إزالة ملك تحصل بالصريح وبالكناية [٥].

واختلف هل يقع الطلاق على الجزء المذكور ثم يسري إلى باقي البدن، أو يكون من قبيل التعبير عن الكل بالبعض؟ والصحيح الأول.

فلو أوقع الطلاق على عضو منها مبان، نحو أن يقول لمن قطعت يمناها يمناك طالق لم يقع .

أما على القول بالسراية، فلأنه لا بد أن يكون الجزء الذي أوقع عليه الطلاق موجوداً، ليتعلق به الطلاق أولاً ثم يسري .

وأما على القول الآخر فلأنه إذا لم يكن موجوداً، لغا إذ يصير كما لو قال لحيتك، أو ذكرك طالق كما تقدم .

قيل: ويعتبر في الصورة المذكورة، أن تكون يمناها مخلوعة من الكتف[٦] لا حيث كانت مقطوعة من المرفق أو من الرسغ فيقع [٧].

وقيل[٨]: أنه [يكون] [٩] على الخلاف في أن اليد هل [هي] [١٠]إلى المنكب أو لا[١١]؟

1- في (أ،ج) معناه بدل معنى ذلك .

2 - الغيث المدرار ج٢(خ) .

3 - البحر الزخار (ج ٧ / ص ٢١٣).

4 - المرجع السابق (ج ٧ / ص ٢٢٢).

5 -ينظر روضة الطالبين (ج ٣ / ص ١٢٢). وشرح البهجة الوردية(ج ١٥ / ص ٤٢٦). والشرح الكبير لابن قدامه (٨ / ٣٣٢).

6- في (أ) الكفين والصحيح ما أثبته.

7 - أسنى المطالب في شرح روض الطالب - (٣ / ٢٨٥)بنحوه.

8- في (أ) بدون "واو".

9- الزيادة من (ب) .

10- الزيادة من (ب) .

11 - نهاية المحتاج - (٦ / ٤٤٩).

فـــــــرع: حيث قال[1/] إن دخلت الدار فيمناك طالق، فقطعت يمناها ثم دخلت الدار [فإنها] [2]لا تطلق على القول بالسراية، وهو الأصح كما مر، وعلى القول الثاني: تطلق [3].

تنبيـــهٌ :أما حيث قال إن دخلت الدار فيدك طالق، ولم يعين أي[4] اليدين فقطعت إحدى يديها ثم دخلت الدار، فهل تطلق بذلك ؟

الأقرب عدم وقوع الطلاق، إذ الأصل بقاء الزوجية والله أعلم[5].

قوله عليلم: " **ويَنْسَحِبُ** " هذا خامس الأحكام المذكورة وهو أن الطلاق ينسحب حكمه، فإذا كان للرجل[6] زوجتان أو أكثر فطلقهن طلاق بدعة ثم تغير اجتهاده، واجتهاد

1 - نهاية ورقة ١٠٦ من (أ) .

2- الزيادة من (أ) .

3 - البحر الزخار (٧ / ٢١٣).

4- في (أ) أحد بدل أي .

5- قلت: أقوال المذاهب في مسألة -سراية الطلاق على باقي البدن إذا أطلقه على جزء منه- متفقة على أن الطلاق يقع إذا أضيف إلى الجزء المعين الذي يعبر به عن جميع البدن كالرأس والوجه والرقبة والظهر والفرج إلا الظاهرية والإمامية، ولا وجه لقولهم، والخلاف كائن في الجزء المعين الذي لا يعبر به عن جميع البدن كاليد أو الرجل أو الأصبع أو الشعر والسن، والذي يظهر للباحث والله أعلم التفريق بين ما لا يزول كاليد والرجل ونحوهما، وما يزول وما ينفصل من أعضائها كالشعر والسن والظفر، ففي الأول يقع الطلاق والثاني خلافه، للأمور التالية :

١ -أن إضافة الطلاق إلى الجزء الذي لا يتبعض كالثلث والربع واليد والأصبع ونحوه إنما هو إضافة إلى الجميع كالعفو عن القصاص .

وفي كيفية وقوعه وجهان: أحدهما يقع على الجميع اللفظ لأنه لما لم يتبعض كان تسمية البعض كتسمية الجميع و الثاني أنه يقع على الجزء المسمى ثم يسري لأن الذي سماه هو البعض .

٢ -أن إضافة الطلاق إلى الشعر والسن والظفر إنما هو إضافة إلى شيء يزول ويخرج غيره، ولا روح فيه أيضا.

٣ -وكذلك إضافة الطلاق إلى الريق والدمع والعرق لا يقع لأنه ليس من ذاتها إنما هو مجاور لها.

وأيضا إضافته إلى السواد أو البياض لأنه عرض ليس من ذاتها.وكذلك الحمل لأنه مودع فيها وليس من أعضائها.

وأما إضافة الطلاق إلى جزء مشاع من المرأة نحو أن يقول نصفك طالق أو ثلثك طالق أو ربعك طالق أو جزء من ألف جزء منك طالق. فالجمهور على وقوعه ولم يخالف في ذلك إلا الإمامية.مستدلين بقوله تعالى (فَإِن طَلَّقَهَا فَلاَ تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّىَ تَنكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ }البقرة:٢٣٠ .

وجه الدلالة من الآية: أنه إنما طلق شعرها أو يدها أو رجلها والطلاق لا ينطبق إلا على الكل.

وأستدل الجمهور بالآتي:

١ -بالإجماع.

٢ -بالقياس على العتق فقد ورد فيه" من أعتق شقصاً" وبجامع أن كلا منهما إزالة ملك يحصل بالصريح والكناية .

٣ -أنه محل للنكاح فتصح إضافة النكاح إليه فيكون محلا للطلاق.

٤ - أن الإضافة إلى الجزء الشائع يقتضي ثبوت حكم الطلاق فيه و أنه شائع في جملة الأجزاء بعذر الاستمتاع بجميع البدن لما في الاستمتاع به استمتاع بالجزء الحرام فلم يكن في إبقاء النكاح فائدة فيزول ضرورة.

٥ -أنه أضاف الطلاق إلى جملة لا تتبعض في الحل والحرمة وقد وجد فيها ما يقتضي التحريم فغلب كاشتراك مسلم ومجوسي في قتل صيد . ا .هـ ينظر (التاج المذهب (ج ٣ / ص ١١٠،١١١).و البحر الزخار (ج ٧ / ص ٢١٣) . وكتاب التحرير(ج ١ / ص ٣٣٤) و المهذب (ج ٣ / ص ٣ و الخلاف في الفقه للإمام أبي جعفر بن علي الطوسي ج٢ ص٢٤٢ مسألة رقم ١٥١ط٢/مطبعة تابان بطهران .و روضة الطالبين (ج ٣ / ص ١٢٢) وشرح البهجة الوردية(ج ١٥ / ص ٤٢٦) و الهداية(ج١ / ص ٢٢٥)و زاد المعاد (٣-٢١٨)والفتاوى الهندية(ج ٨ / ص ١٧٩)و العدة شرح العمدة(ج١ /ص ٤٠٩).

6- في (أ) لرجلٍ .

إحداهن إلى أن الطلاق البدعي لا يقع فإن الحكم ينسحب [عليهن جميعاً] [١] لأن القياس يقتضي بطلان الطلاق في حقهن جميعاً، أو صحته في حقهن جميعاً لأن الاجتهاد الأول بمنزلة الحكم، فلا يكون لتغير اجتهاده تأثير في رجوع إحداهن دُون صواحبها، لكن[٢] اللاتي لم يتغير اجتهادهنَّ لا يجوز[٣] أن يرجعن[٤] إليه إلا بحكم، ولا يجوز لهنّ أن يتزوجن إلا بطلاق آخر هذا إذا كان ثمة مشاجرة من الزوج، وأما إذا لم يكن منه مشاجرة، فإنه يجوز لهن النكاح، ويكون فاسداً ما لم يقع طلاق للسنة، أو حكم بنفوذ الطلاق الأول.

والحجة على انسحاب الحكم، أنه إذا طلق زوجاته للبدعة ثم اعتقد بطلان ذلك الطلاق، فلا وجه لبطلانه في حق واحدة منهنّ دون سائرهن، لأن حكمهن معه على سواء وذلك واضح[والله أعلم] [٥][٦].

قوله [عليلم] [٧]:" **ويَدْخُلُهُ التَّشْرِيكُ** " هذا سادس الأحكام المذكورة وهو أن الطلاق يدخله التشريك، ومثاله أن يقول لإحدى زوجتيه أنت طالق ثم يقول للثانية وأنت يا فلانة مثلها، أو أشركتك معها لكنه يكون في الأولى صريحاً، وفي المشركة كناية إن نوى به الطلاق كان طلاقاً وإلا فلا، إذ يحتمل الطلاق وغيره.

قيل ح: فلو قال وأنت ولم يقل مثلها كان صريحاً، إذ لا يحتمل غير الطلاق، وقيل: بل هو كناية أيضاً والأول أصح [٨].

قوله عليلم" **وتخْيِيرُ غَالِبًا** " هذا سابع الأحكام المذكورة، وهو أن الطلاق يدخله التخيير أيضاً، ومثاله أن يقول أنت يا فلانة أو فلانة طالق فيقع الطلاق على أحدهما لا بعينها، حيث لا نية له كما لو قال إحداكما طالق .

قيل س: فإن قال هذه طالق وهذه أو هذه طلقت الأولى ناجزاً، ووقع على الأخيرتين منهما، كما قال لهما إحداكما طالق، فإن قال هذه طالق، أو هذه وهذه احتمل أن يكون التخيير بين الأولى وبينهما فيرجع إلى نيته، وأن يكون التخيير بين الأولى والثانية وقد قطع بطلاق الثالثة .

---

1 - في (ب) كررت مرتين .
2 - في (أ) بدون.
3 - في (أ) " له " بعد لا يجوز.
4 - في (أ) يرجعهن بدل يرجعن.
5- الزيادة من (أ) .
6- شرح الأزهار - (٢ / ٤٥٧).
7 -الزيادة من (أ،ب).
8 - شرح الأزهار (٢ / ٤٥٨).

وقوله:"غالباً" احتراز من نحو أنت طالق أولاً، فإن هذا التخيير لا يدخل الطلاق [فلا يكون له حكم بما](١) يبطل الطلاق لأنه لم يجزم إذ خير بين إيقاع الطلاق وعدم إيقاعه (٢).

قوله عليلم: " **ويَتْبَعُهُ الْفَسْخُ ولا يتبعه** "هذا ثامن الأحكام المذكورة وفي هذه العبارة إيهام التناقض وهو من أنواع [٣/] البديع كإيهام التضاد والمعنى أنّ الطلاق يتبعه الفسخ، و الفسخ لا يتبعه الطلاق.

ومثال الصورة الأولى أن يطلق زوجته ثم يرميها[بالزنا] (٤) فيلاعنها في العدة فيفسخها الحاكم كما سيأتي، فإن الفسخ يصح فلا يكون له أن يراجعها بعد ذلك، حيث كان الطلاق رجعياً وهكذا لو طلق الصغيرة ثم بلغت في العدة، فلها أن تفسخ النكاح عند بلوغها فيتبع الطلاق، وهكذا حيث طلقها ثم فسخته بعيبه أو فسخها[بعيبها](٥) فالأقرب أن الفسخ يتبع الطلاق ذكره في الغيث (٦).

ومثال الصورة الثانية أن يقع بينهما فسخ ثم يطلق بعد الفسخ ، فإن الطلاق لا يتبع الفسخ(٧) ولا يكون له حكم، والوجه أن الفسخ أقوى نفوذاً من الطلاق، بدليل صحة الرجعة في الطلاق دون الفسخ ونحو ذلك (٨).

قوله عليلم: " **ويَقَعُ الْمَعْقُودُ عَلَى غَرَضٍ بِالْقَبُولِ كما مر** "هذا تاسع الأحكام المذكورة وهو أن الطلاق المعقود على غرض يقع بالقبول أو ما في حكمه من الامتثال، أو تقدم السؤال، وإلى هذا أشار بقوله كما مر.

فإذا قال: أنت طالق على أن تدخلي الدار، أو نحو ذلك فقبلت في المجلس طلقت وإن لم تدخل الدار، وكذا حيث تقدم منها سؤال بأن تقول طلقني على أن أدخل الدار فطلق في المجلس.

وكذا حيث طلقها على أن تدخل الدار فدخلت وإن لم تقبل فإن الطلاق يقع رجعياً في جميع هذه الصور، بشرط أن يقع القبول أو ما في حكمه في المجلس قبل الإعراض، وقد دخل اعتبار ذلك تحت قوله كما مر أيضاً، والوجه في وقوع الطلاق بالقبول وإن لم تدخل

1- في (ب) [فلا يكون حكم بل].
2 - شرح الأزهار (٢ / ٤٥٨) بنحوه .
3 - نهاية ورقة ١١٣ من (ب).
4 - سقط من (ج).
5- سقط من (أ) .
6 - الغيث المدرار ج٢(خ).
7- في (أ) الطلاق بدل الفسخ .
8 - شرح الأزهار - (٢ / ٤٥٩) بنحوه .

الدار، أن الدخول لا يصح أن يكون عوضاً عن الطلاق إذ ليس بمالٍ، وكذا ما أشبهه وقوله المعقود احتراز من المشروط، نحو أنت طالق إن دخلت الدار فإنه لا يقع يعتبر فيه القبول، وإنما يعتبر فيه حصول الشرط فقط، إذا العقود تفارق الشروط كما هو معلوم .

وعن ض زيد: أنّ المعقود على غير مالٍ لا يحتاج إلى القبول بل يقع ولو لم يقبل [١].

قال في الغيث: لعله بمعنى[٢] أن العقد كالشرط فلا حكم للقبول باللفظ، وإنما يعتبر لوقوع الشرط، فأما أنه [يقول] [٣] يقع الطلاق وإن لم تدخل فهذا بعيد جداً.

وعند ش: يلزمها له مهر مثلها حيث لم تدخل [٤].

قوله عليلم" **وينهدم شرطه بالثلاث**" أي ينهدم شرط الطلاق بأن يطلقها[٥] ثلاث تطليقات تخللها الرجعة، ومعنى انهدامه أنه يكون في حكم المعدوم كأنه لم يقع رأساً، ولا ينهدم الشرط بطلقة ولا طلقتين[٦] بمعنى أنه لا ينحل الطلاق المشروط، بتخيير طلقة أو طلقتين، فإذا قال: أنت طالق إن دخلت الدار، ثم طلقها بآخر طلقة أو طلقتين بينهما رجعة ثم راجعها، أو عقد بها فدخلت الدار طلقت ولو بعد زوج آخر، وإنما ينهدم الشرط بأن يطلقها ثلاثاً تتخللها الرجعة، ثم تعود إليه بعد زوج كما سيأتي فحينئذ يتخلل[٧] الشرط فإن[٨] دخلت الدار بعد ذلك لم يقع عليها الطلاق المشروط.

قوله عليلم:" **ولو بِكُلَّمَا** "أي لو وقع الشرط بلفظة كلما فإنه ينهدم بالثلاث التطليقات، نحو أن يقول كلما دخلت الدار فأنت طالق، ثم يطلقها ثلاث تطليقات تتخلها الرجعة، فإن الشرط بكلما ينهدم بالثلاث فإذا عادت إليه بعد زوج آخر ثم دخلت الدار لم تطلق [٩].

قوله عليلم:" **وهنّ بِنِكَاحٍ صَحِيحٍ مَعَ وَطْءٍ فِي قُبُلٍ ممنْ مِثْلُهُ يَطَأُ** " يعني[/١٠] والثلاث [التطليقات] [١١] ينهدمن بوقوع نكاحٍ صحيحٍ لزوج آخر، وأما النكاح الفاسد فلا يقع به

---

1 - شرح الأزهار - (٢ / ٤٥٩).
2 - في (ج) يعني .
3- الزيادة من (ب) .
4 - الغيث المدرار ج٢(خ)و مغني المحتاج (ج٣/ص١٦٢).
5- في (أ) عبارة " أي ينهدم شرط الطلاق بالثلاث وهو أن يطلقها......
6- في (أ) ولا تطليقتين .
7 - في (ج) ينحل .
8- في (أ) فإذا.
9 - شرح الأزهار - (٢ / ٤٥٩) بنحوه .
10 - نهاية ورقة ١٠٧ من (أ) .
11- الزيادة من (أ) .

التحليل[١] ولو مع الوطء لقوله تعالى**(**حَتَّىَ تَنكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ **)**[٢] والخطاب إنما يتناول الصحيح في عرف الشرع.

وقال الإمام ح: يحل به، وهو أحد قولي ش لشبهه بالصحيح في سقوط الحد، واستحقاق المهر والميراث ونحو ذلك [٣].

قلنا: الفاسد كعدمه إلا ما خصه دليل ولا دليل على حصول التحليل[٤] به.

وأما الباطل فلا يحصل به التحليل إجماعاً، وأفاد قوله مع وطء أن مجرد العقد لا يكفي في التحليل عند الأكثر، وعن ابن المسيب يكفي إذ النكاح اسم للعقد [٥].

قلنا: صرفه إلى الوطء إجماع الصحابة، وحديث امرأة رفاعة الذي أخرجه الستة، ولفظه في إحدى الروايات[٦]عن عَائِشَةَ جَاءَتْ امْرَأَةُ رِفاعَةَ الْقُرَظِيِّ إلى النبي صلى الله عليه وآله فقالت كنت عِنْدَ رِفَاعَةَ القرظي [فَطَلَّقَني] [٧] فَأَبَتَّ طَلَاقِي فَتَزَوَّجْتُ عَبْدَ الرحمن بن الزَّبِيرِ "وهو بفتح الزاي" إنما معه مثل هدبة الثوب فَقَالَ أَتُرِيدِينَ أَنْ تَرْجِعِي إلى رِفَاعَةَ لَا حَتَّى تَذُوقِيَ عُسَيْلَتَه وَيَذُوقِ عُسَيْلَتُك" [٨].

وأفاد قوله " في قبل" أن وطء الدبر لا يقتضي التحليل، إذ لم تذق العسيلة ولعل ذلك إجماع .

وقوله :"ممن مثله يطأ" يتناول الصبي المراهق دون الطفل الذي لا يطأ مثله، فلا يقع التحليل بأن يستدخل ذكره، وعن ح [٩]وك:

1- في (ب) التحلل.

2 - البقرة:٢٣٠.

3 - الحاوي في فقه الشافعي - للماوردي - (١٠ / ٣٣٣) .

4- في (أ)التحلل .

5 - البحر الزخار (٧ / ٢٣٩).

6 - في رواية البخاري بلفظ "عن عَائِشَةَ رضي الله عنها جَاءَتْ امْرَأَةُ رِفاعَةَ الْقُرَظِيِّ النبي صلى الله عليه وسلم فقالت كنت عِنْدَ رِفَاعَةَ فَطَلَّقَنِي فَأَبَتَّ طَلَاقِي فَتَزَوَّجْتُ عَبْدَ الرحمن بن الزَّبِيرِ إنما معه مِثْلُ هُدْبَةِ الثَّوْبِ فقال أَتُرِيدِينَ أَنْ تَرْجِعِي إلى رِفَاعَةَ لَا حتى تَذُوقِي عُسَيْلَتَهُ وَيَذُوقَ عُسَيْلَتَكِ ".

7 - سقط من المخطوط .

8- أخرجه البخاري في صحيحه - كِتَاب الشَّهَادَاتِ - بَاب شَهَادَةِ الْمُخْتَبِي -رقم٢٤٩٦ (ج٢/ص٩٣٣). ومسلم في صحيحه - كتاب النكاح - باب لا تحل المطلقة ثلاثا حتى تنكح زوجا غيره ويطأها -رقم ٣٥١٢ (١٠/٢٤٣). و أبو داود في سننه -كِتَاب الطَّلَاقِ - بَاب الْمَبْتُوتَةَ لَا يَرْجِعُ إِلَيْهَا زَوْجُهَا حتى تَنْكِحَ غَيْرَهُ رقم ٢٣٠٩ (ج٢/ص٢٩٤).وابن ماجه في سننه -كِتَاب النِّكَاحِ -بَاب الرَّجُلِ يُطَلِّقُ امْرَأَتَهُ ثَلَاثًا فَتَتَزَوَّجُ فَيُطَلِّقُهَا قبل أَنْ يَدْخُلَ بها أَتَرْجِعُ إلى الْأَوَّلِ -رقم ١٩٣٢ (ج١/ص٦٢١).والنسائي في السنن- أحكام في الخطبة وشروط النكاح والعرس والبناء - باب النكاح الذي يحل المطلقة ثلاثا لمطلقها - رقم ٥٥٣٤ (ج٣/ص٣٢٣). والترمذي في سننه - بَاب ما جاء فِيمَنْ يُطَلِّقُ امْرَأَتَهُ ثَلَاثًا فَيَتَزَوَّجُهَا آخَرُ فَيُطَلِّقُهَا قبل أن يَدْخُلَ بها -رقم ١١١٨ (ج٣/ص٤٢٦). وأحمد في مسنده- باب حديث السيد عائشة رضي الله عنها -رقم ٢٤١٤٤(ج٦/ص٣٧).

9 - الصحيح من مذهب أبي حنيفة أن َالصَّبِيّ الْمُرَاهِق كَالْبَالِغِ فِي التَّحْلِيلِ. ينظر الهداية شرح البداية - (٢ / ١٠)و(العناية شرح الهداية - (٥ / ٤٣٢) .و البحر الزخار (٧ / ٢٤٠).

لا يحصل[١] التحليل بوطء المراهق [٢].

قلنا: لم تفصل الآية وخبر العسيلة، والمعتبر في الوطء يواري الحشفة أو قدرها من غير المستأصل ليحصل[٣] ذوق العسيلة ويحصل التحليل بوطء الْمَسْلُولِ، إذ يمكنه الإيلاج [وبوطء العنين إذا حصل منه إيلاج] [٤] وإن لم ينتشر ولو بفعلها في حال نوم الزوج، ولا يعتبر الإنزال عند الأكثر[٥] خلاف ح [٦].

قلنا: تحصل اللذة من دونه [وعنده أن التحليل يحصل بنكاح العبد ورد بعموم الدليل[٧]، فإن أولج ذكره ملفوفاً بخرقة فَفِيهِ تردد، الأصح أنه يقتضي التحليل كما يوجب الغسل والحد [٨]، وقيل: إذا كانت الخرقة رقيقة لتحصل اللذة] [٩] .

وحذف قوله في الأزهار "أو مَجْبُوبٍ غَيْرِ مُسْتَأْصَلٍ" [١٠] لفهم ذلك من إطلاق الوطء .

قوله عليلم " **ولو مُضْمَرَ التَّحْلِيلِ** "أي ولو وقع ما ذكر من النكاح والوطء من زوج مضمرٍ للتحليل[١١] للزوج الأول، فإن ذلك لا يقدح في صحة التحليل، فإن شرط على نفسه في العقد أنه متى أحلها فلا نكاح فهذا كنكاح المتعة، لأنه مؤقتٌ فلا يصح ولا يحصل به التحليل، ويحد فاعله مع العلم إذا وطئ.

وكذا لو قال علي أنه متى أحللتها طلقتها، وإنما يصح مع إضمار التحليل، ولو تقدمت المواطأة فيصح ذلك ويحصل به التحليل عند أهل المذهب مع الكراهة،[١٢] وكذا يكره عندهم التطليق لتحل للزوج الأول وإن لم يقع عند النكاح إضمار ولا مواطأة قبله.

وعن ح وزفر

1- في (أ)لا يقع.

2 - بداية المجتهد(٢ / ٧٠). والمُراهق: هو الذي قاربَ البُلوغ (تاج العروس من جواهر القاموس - (١ / ٦٢) أو هو غلام لم يبلغ ومثله يجامع و تتحرك آلته ويشتهي. الهداية شرح البداية (٢ / ١٠).

3 - في (ج) لتحصل .

4- الزيادة من (أ،ج) وفي (ج) الإيلاج .

5 -ينظر حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني - (١ / ٤٤٣).

6 -الصحيح من مذهب أبي حنيفة أن المعتبر عنده الإيلاج دون الإنزال. ينظر (التعليل المختار - (٣ / ١٦٦).

7 - الفتاوى الهندية - (١ / ٤٧٣).

8 - البحر الزخار (٧ / ٢٤٠).

9- الزيادة من (أ،ج) .

10- الأزهار - (١ / ٧٧).

11- في (أ)التحليل .

12 - المنتزع المختار من الغيث المدرار المعروف بشرح الأزهار - (٩ / ٨)و (١١ / ١٦٠).

أنه[١/] جائز من غير كراهة [٢]، وعن ش أن ذلك لا يجوز ولا يحصل به التحليل [٣]، وعن م بالله والحنفية في صورة شرط الطلاق، أن النكاح يصح ويحصل به التحليل، ثم هو بالخيار إن شاء طلق وإن شاء أمسك [٤].

وعن ع و ش: لا يصح النكاح، ولا يحصل به التحليل [٥].

واستدل أهل المذهب على صحة تحليل المضمر، بأن النكاح صحيحٌ مع الإضمار، إذ لا مقتضى لفساده وأنه بمنزلة الحيلة في اليمين وهي جائزة اتفاقاً [٦].

وكذلك كل حيلة لا تتضمن مخالفة لمراد الله تعالى، كما تقدم في قبض الزكاة للهاشمي الفقير ونحو ذلك.

وبما روي أنه قيل لرسول الله صلى الله عليه وآله أن فلاناً تزوج فلانة، وما نراه تزوجها إلا ليحلها قال أأصدق؟ قيل نعم، قال أأشهد؟ قيل نعم، قال أذهب [٧] الخداع حكى نحوه في الشفاء وغيره [٨].

وبما روي عن عمر في امْرَأَةً طَلَّقَهَا زَوْجُهَا ثَلاَثًا وَكَانَ مِسْكِينٌ أَعْرَابِيٌّ يَقْعُدُ على بَابِ الْمَسْجِدِ فَجَاءَتْهُ امْرَأَةٌ فَقَالَتْ هَلْ لَكَ في امْرَأَةٍ تَنْكِحُهَا فَتَبِيتَ مَعَهَا اللَّيْلَةَ فإذا أصبحت فارقتها قَالَ : نَعَمْ فَكَانَ ذَلِكَ، فلما تزوجها قَالَتْ لَهُ امْرَأَتُهُ إِنَّكَ إِذَا أَصْبَحْتَ فسَيَقُولُونَ لَكَ طلقها، فَلاَ تَفْعَلْ، فلما أصبح قالوا له طلقها، فأبى وذهب إلى عمر بن الخطاب، فأخبره القصة فقال له: الْزَمِ زوجكَ فَإِنْ رَابُوكَ بشيء فأتني وبعث إلى المرأة الواسطة، فنكل بها فكان[٩] يغدو[على عمر][١٠] ويروح في حلة فقال له عمر احمد الله يا ذا الرقعتين الذي رزقك حلةً تغدو بها وتروح، ولم ينكر أحد على عمر ذلك، هكذا حكى عن الانتصار هـــ[١١].

---

1 -نهاية ورقة ١١٤ من (ب).

2 - المبسوط - (٥ / ٣).

3 - الحاوي في فقه الشافعي (١٠ / ٣٢٧) والحاوي الكبير (٩ / ٨٤٥)و نهاية المحتاج - (٦ / ٢٨٢).

4 -المبسوط - (٥ / ٣)و شرح الأزهار - (٢ / ٤٦١).

5 - الحاوي في فقه الشافعي - للماوردي - (١٠ / ٣٢٧)و شرح الأزهار - (٢ / ٤٦١).

6 - شرح الأزهار - (٢ / ٤٦١) بنحوه .

7- في (ج) ذهب.

8 - كتاب شفاء الأوام بلفظ"أن رجلاً طلق امرأته فتزوجت بآخر فقيل: فلان طلق فلانة فتزوجها فلان ولا نراه تزوجها إلا لتحليلها فقال صلى الله عليه وآله وسلم: "اشهدا" فقالوا: نعم فقال: "أمهرا" فقالوا: نعم قال: "ذهب الخداع"- (٢ / ١٥٤) ولم أقف على أصله في كتب الحديث الأخرى .

9- في (أ) وكان .

10- الزيادة من (ب).

11 -الانتصار على علماء الأمصار ج٥ (خ). وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى- جماع أبواب ما خص به رسول الله r دون غيره مما أبيح له وحظر على غيره - باب من عقد النكاح مطلقا لا بشرط فيه فالنكاح ثابت - رقم ١٣٩٧٥ بلفظ "أن امرأة طلقها زوجها ثلاثا وكان مسكين أعرابي يقعد بباب المسجد فجاءته امرأة فقالت هل لك في امرأة تنكحها فتبيت معها الليلة

واحتج المخالف بما رواه الترمذي والنسائي أن رَسُولَ اللَّهِ صلى الله عليه وآله " لَعَنَ الْمُحِلَّ وَالْمُحَلَّلَ له"[١] وفي رواية أنه قال لَعَنَ الله الْمُحِلَّ وَالْمُحَلَّلَ له [٢].

قالوا: ظاهر هذا الحديث يقتضي أن من أضمر التحليل استحق اللعن، لأنه قد حلل [٣]، وأجيب بأن المضمر خارج عن[٤] عموم هذا الحديث بقوله صلى الله عليه وآله "ذهب الخداع" [٥]، ويؤيد ذلك حديث عمر المقدم ذكره .

تنبيـــهٌ :يرد على المذهب سؤال في اشتراطهم الوطء، وهو أن يقال ظاهر قوله تعالى:**(**حَتَّىَ تَنكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ **)** [٦] يقتضي بما قاله ابن المسيب: أن العقد كافٍ، لأن النكاح إذا أسند إلى الأنثى فالمراد به العقد وفاقاً [٧].

والجواب أن النكاح عندنا حقيقة في العقد مجازٌ في الوطء، وإنما عدلنا إلى المجاز هنا لحديث العسيلة المتقدم، ولإجماع الصحابة على اعتبار الوطء كما تقدم.

ولما أخرجه النسائي من حديث ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وآله سئل عن الرجل يطلق امرأته[٨] ثلاثاً فيتزوجها الرجل فيغلق الباب ويرخى الستر ثم يطلقها قبل أن يدخل بها، قال لا تحل للأول حتى يجامعها الآخر [٩].

=وتصبح فتفارقها فقال نعم فكان ذلك فقالت له امرأته إنك إذا أصبحت فإنهم سيقولون لك فارقها فلا تفعل ذلك فإني مقيمة لك ما ترى واذهب إلى عمر رضي الله عنه فلما أصبحت أتوه وأتوها فقالت كلموه فأنتم جئتم به فكلموه فأبى فانطلق إلى عمر رضي الله عنه فقال الزم امرأتك فإن رابوك بريبة فأتني وأرسل إلى المرأة التي مشت لذلك فنكل بها ثم كان يغدو على عمر ويروح في حلة فيقول الحمد لله الذي كساك يا ذا الرقعتين حلة تغدو فيها وتروح."

قال الشافعي رضي الله عنه: وسمعت هذا الحديث مسندا شاذا مؤتصلا عن ابن سيرين يوصله عن عمر بمثل هذا المعنى (ج٧/ص٢٠٩).

1 - أخرجه الترمذي في السنن - كِتَاب النِّكَاحِ - بَاب ما جاء في الْمُحِلِّ وَالْمُحَلَّلِ له -رقم ١١١٩ (ج٣/ص٤٢٧) واللفظ له. و النسائي في السنن الكبرى- أحكام في الخطبة وشروط النكاح والعرس والبناء - باب نكاح المحلل والمحلل له وما فيه من التغليظ- رقم ٥٥٣٦ (ج٣/ص٣٢٥). والحديث صحيح كما قال الألباني. ينظر (صحيح وضعيف سنن الترمذي - رقم١١١٩ (٣ / ١١٩).

2 - أخرجه البيهقي في السنن الكبرى- جماع أبواب ما خص به رسول الله r دون غيره مما أبيح له وحظر على غيره -باب ما جاء في نكاح المحلل -رقم١٣٩٦٤(ج٧/ص٢٠٨) . وهو صحيح .ينظر (إرواء الغليل - (٦ / ٣٠٧).

3 - تحفة المحتاج في شرح المنهاج - (٣٠ / ٣٠٢).و نهاية المحتاج - (٦ / ٢٨٢).

4- في (أ) من.

5 - قلت: لم أقف على أصله في كتب الحديث الأخرى، وإن صح الحديث فيحمل على من كانت نيته الزواج لا التحليل وإن كانت الثانية فقد دخل في اللعن.

6 - البقرة:٢٣٠.

7 - الجوهرة النيرة - (٤ / ١٩٢).

8- في (أ) زوأثبته.لصحيح ماأثبته..

9 - أخرجه النسائي في السنن الكبرى - أحكام في الخطبة وشروط النكاح والعرس والبناء - باب إحلال المطلقة ثلاثا والنكاح الذي يحلها لمطلقها- رقم٥٦٠٨(ج٣/ص٣٥٤). والحديث صحيح بما قبله كما قال الألباني. ينظر صحيح وضعيف سنن النسائي - رقم ٣٤١٥ (ج٧ / ٤٨٧).

وله في أخرى عن النبي صلى الله عليه وآله في الرجل يكون له المرأة يطلقها يعني ثلاثاً ثم يتزوجها رجل فيطلقها قبل أن يدخل بها، فترجع إلى زوجها الأول قال لا حتى تذوق العسيلة" [(١)]انتهى .

قوله عليلم " **فِي الدَّمَيْنِ** " أي ولو وقع الوطء من الزوج الآخر للمرأة حال حيضها أو نفاسها،فإن التحليل يحصل بذلك خلافاً لمالكٍ [(٢)].

قلنا: لم تفصل الأدلة، وكذا لو وطئها حال إحرامها لذلك هــ.

فـــــــرع: والوطء بالملك لا يقتضي التحليل إذ ليس بنكاح، وكذا لو ثلث زوجته المملوكة ثم اشتراها، فإنها لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره لعموم الدليل.

فـــــــرعٌ: والقول لها في أنّ المحلل قد وطئ وإن أنكر، إذ لا يعرف ذلك إلا من جهتها، فإن ظن كذبها لم تحل، إذ يجب العمل بالظن في النكاح تحريماً ذكر معنى ذلك في البحر [(٣)].

تنبيـــــهٌ[(٤)] : قد فهم من قوله وهن بنكاح صحيح إلى آخره، أن النكاح المذكور لا يهدم دون الثلاث التطليقات، إذ لم يرد الدليل إلا فيها، وهو قوله تعالى:**(**فإن طلقها فَلا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّىَ تَنكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ **)** [(٥)] فبقيت الواحدة والثنتان على الأصل، وهو عدم الهدم فلو طلق زوجته[٦/] طلقة أو طلقتين ثم تزوجت غيره بعد انقضاء العدة، ثم طلقها الزوج الثاني فتزوجها الأول لم تملك من طلاقها إلا ما بقي، فحيث يكون قد طلقها طلقتين تبقى معه بواحدة، وحيث يكون قد طلقها تطليقة واحدة تبقى معه باثنتين، **هذا مذهبنا** [(٧)].

وقال ح وأبو يوسف: أنّ الزوج يهدم الواحدة والثنتين كما يهدم الثلاث بطريق الأولى[(٨)].

قلنا: أنّ الزوج إنما يهدم التحريم التام، وهو لا يحصل إلا بالثلاث.

---

1 - المرجع السابق- أحكام في الخطبة وشروط النكاح والعرس والبناء - باب إحلال المطلقة ثلاثا والنكاح الذي يحلها لمطلقها- رقم٥٦٠٦ (ج٣/ص٣٥٣). والحديث صحيح بما قبله كما قال الألباني. ينظر (صحيح وضعيف سنن النسائي - رقم ٣٤١٤ (ج٧ / ٤٨٧).

2 - شرح الأزهار - (٢ / ٤٦١) و الاستذكار (ج٥/ص٤٤٧) .

3 - البحر الزخار (٧ / ٢٤١)و(٧ / ٣٦٧).

4- في (أ) فــرعٌ.

5 - البقرة:٢٣٠.

6 - نهاية ورقة (١٠٨) من (أ) .وورقة (١٠٩) مكررة .

7 - البحر الزخار (٧ / ٢٤٢).

8 - الدر المختار (ج٣/ص٤١٨). والهداية شرح البداية (ج٢/ص١١) .

قوله عليلم: " **وَيَنْحَلُّ الشَّرْطُ بوقوعه مرة ولو مطلقة غالباً** " يعني أنّ الرجل إذا قال لزوجته، إن دخلت الدار فأنت طالق، فدخلت الدار فإنه ينحل ذلك الشرط.

أي يبطل الطلاق المعلق به فلو راجعها ثم دخلت مرةً أخرى لم تطلق بالدخول.

وقوله "**ولو مطلقة** " معناه ولو كانت عند وقوع ذلك الشرط مطلقة.

مثاله: أن يقول لها إن دخلت الدار فأنت طالق، ثم يطلقها طلاقاً ناجزاً فتدخل الدار حال كونها مطلقة، فإنه ينحل ذلك الشرط فلو راجعها بعد الطلاق الناجز وقد دخلت لم تطلق، إذا دخلت من بعد لأن الشرط قد انحل بدخولها وهي مطلقة بلا خلاف .

وقوله" **غالباً**" احتراز من أن يكون الشرط بلفظة كلما، نحو أن يقول كلما دخلت الدار فأنت طالق، فإن الشرط لا ينحل بوقوعه مرة، لأن لفظة كلما تفيد التكرار، فإذا دخلت طلقت فإن[١] راجعها ثم دخلت طلقت الثانية ثم كذلك، حتى تبين منه بالثالثة وذلك اتفاق.

وعند م بالله أنّ متى مثل كلما في اقتضاء التكرار، والمذهب خلافه [٢].

قال في شرح الأثمار: وإنما عدل المؤلف عليلم عن قوله في الأزهار، "**ولَا يَنْهَدِمُ إلَّا ثَلَاثَةٌ ولَا شَرْطُهُ إلَّا مَعَهَا**"[٣] إلى قوله " وينهدم شرطه بالثلاث وهن بنكاح صحيح" ، لأن الزوج [الثاني] [٤] لا يهدم إلا الثلاث فقط.

وأما الشرط فلا تأثير للزوج الثاني في هدمه ورفع تأثيره بل المبطل له الثالثة فقط، ألا ترى أنّ الزوج الثاني [غير مؤثر] [٥] في هدم الشرط مع الطلقة الأولى، ولا مع الثانية لبقاء صلاحية المحل معهما، فلو أسند التأثير إليه لكان منه[٦] العلل الغير المطردة[٧] لتخلف الحكم عنه في موضعين مع[/٨] الأولى والثانية وثبوت الحكم في موضع واحد، وهو مع الثالثة والاطراد شرط في تأثير العلل، فالأولى أن يسند التأثير إلى ما يطرد معه الحكم [في موضع واحد] [٩] وهو[مع] [١٠]الثالثة لأنها كلما ثبتت ثبت الحكم، وهو انهدام الشرط وكلما

1- في (أ) فإذا .
2 - شرح الأزهار - (٤ / ٢٥٢).
3 - الأزهار - (١ / ٧٧).
4- سقط من (ب) .
5- سقط من (ج) .
6- في (ج) منه .
7- في (أ) مطردة .
8 - نهاية ورقة ١١٥ من (ب).
9- الزيادة من (ج) .
10- الزيادة من (ج) .

عدمت لم يوجد الحكم كما الأولى والثانية، فعرفت أنّ الزوج الثاني لم يكن [له] [١] إلا تأثير مخصوص، وهو هدم الحرمة التامة، وإبطالها ورفعها ورجوع الحل الأصلي انتهى.

قلت: ومما يستدل به على أن الزوج لا يهدم دون الثلاث، ما أخرجه الموطأ عن ابن شهاب[٢] أنه قال:[سمعت سَعِيدَ[٣] بن الْمُسَيَّبِ وَحُمَيْدَ بن[٤] عبد الرحمن بن عَوْفٍ وَعُبَيْدَ الله بن[٥] عبد الله بن عُتْبَةَ [بن مَسْعُودٍ][٦] وَسُلَيْمَانَ بن يَسَارٍ[٧] كلهم يقول] [٨]سمعت أَبَا هُرَيْرَةَ يقول سمعت عُمَرَ [بن الْخَطَّابِ][٩] يقول أَيُّمَا امْرَأَةٍ طَلَّقَهَا زَوْجُهَا تَطْلِيقَةً أو تَطْلِيقَتَيْنِ ثُمَّ تَرَكَهَا حتى تَحِلَّ وَتَنْكِحَ[١٠] زَوْجًا غَيْرَهُ فَيَمُوتَ عنها أو يُطَلِّقَهَا ثُمَّ [يَنْكِحُهَا زَوْجُهَا] [١١] الأَوَّلُ فَإِنَّهَا [١٢] تَكُونُ عِنْدَهُ على ما بقي من طَلاَقِهَا" [١٣].

قال ك: وتلك السنة التي لا خلاف فيها عندنا انتهى [١٤].

1- الزيادة من (أ) .

2 - هو محمد بن مسلم بن عبيد الله بن عبد الله بن شهاب الزهري القرشي مدني، سمع سهل بن سعد وأنس بن مالك وسنينا أبا جميلة وأبا الطفيل، روى عنه صالح بن كيسان ويحيى بن سعيد وعكرمة بن خالد وغيرهم، قيل أنه أخذ القرآن في ثمانين ليلة، وقال الأويسي حدثنا إبراهيم بن سعد عن أبيه قال ما أرى أحدا بعد رسول الله صلى الله عليه و سلم جمع ما جمع ابن شهاب، مات سنة أربع وعشرين ومائة. التاريخ الكبير - (١ / ٢٢٠).

3 سقط من نسخ المخطوط .

4 - في (ب) كتبت بزيادة ألف وكذا في بقية النسخة ويعتبر خطأ إملائي حيث لا تكتب الهمزة في ابن إذا توسط بين اسمين .

5 سقط من نسخ المخطوط .

6 سقط من نسخ المخطوط .

7 -هو أبو أيوب سليمان بن يسار مولى ميمونة بنت الحارث -رضي الله عنهما- اعلم الناس بالطلاق في المدينة، من ضمن الفقهاء السبعة في المدينة، مات سنة سبع ومائة وهو ابن ثلاث وسبعين.طبقات الفقهاء (٤٤/١) .

8- سقط من (أ) .

9 -سقط من نسخ المخطوط .

10 - في المخطوط (يتزوجها) والصحيح ما أثبته .

11 - في المخطوط "ثم يردها " والصحيح ما أثبته.

12 - في المخطوط "أنها" بدل "فإنها"، والصحيح ما أثبته

13 - أخرجه مالك في الموطأ- كتاب الطلاق -باب جَامِعِ الطَّلَاقِ- رقم ١٢١٩(ج٢/ص٥٨٦).

14 - المرجع السابق.

بَـــابُ الْعِدَّةِ

قيل: هي في الشرع اسم لمدة تتربص فيها المرأة لحل نكاحها بعد انقضائها [1].

والأصل في هذا الباب من الكتاب قوله تعالى **(**وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلاَثَةَ قُرُوَءٍ **)**[2] ونحوها .

ومن السنة أخبار كثيرة سيأتي بعضها.

والإجماع على وجوبها واضح بل [هي معلومة] [3] من شرع النبي صلى الله عليه وآله ضرورة والله أعلم .

قوله عليلم: " **تَجِبُ بعد أحد ثلاثة: الأول طَلَاق بَعْدَ دُخُولٍ أَوْ خَلْوَةٍ بِلَا مَانِعٍ حقيقي عَقْلِيٍّ** " يريد أنّ العدة على ثلاثة أضرب: عن طلاق، وعن موت، وعن فسخ، ولكل واحد منها أحكام تخصه.

فهذا الضرب الأول: وهي عدة الطلاق لا تجب إلا بعد الدخول وهو الوطء، أو بعد الخلوة الصحيحة، وهي حيث لا يكون ثمة مانع عقليٌّ من الوطء كطفولة أو مرض شديد أو نحوهما، مما لا يمكن معه الوطء عقلاً، سواء كان ذلك المانع من جهته أو جهة الزوجة [4]. فمتى حصل الدخول أو الخلوة الصحيحة وجبت العدة.

وحذف قوله في الأزهار "وَلَوْ مِنْ صَغِيرٍ مِثْلُهُ يَطَأُ"[5] للاستغناء عنه لظهوره.

فأمّا المطلقة قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة فلا عدة عليها إجماعاً لقوله تعالى: "**(** ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ[فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا] [6]**)**[7] الآية [8]. وأما بعد الدخول فلا خلاف في وجوب العدة.

وأما بعد الخلوة الصحيحة فكذلك عند العترة والحنفية[9] إذ لم يفصل

---

1 - أنيس الفقهاء - (١ / ١٦٧)بنحوه. ويظهر أن التعريف تصرف من المصنف .

2 - البقرة : ٢٢٨ .

3- في (ج) [هو معلوم] بدل ما بين المعقوفتين.

4 - البحر الزخار (٦ / ٤٣٠) بنحوه .

5 - الأزهار - (١ / ٧٧).

6 - الزيادة من (أ) .

7 - الأحزاب: ٤٩.

8 - لقد أجمع العلماء على أنه لا عدة على المطلقة قبل الدخول، أما الخلوة الصحيحة فليس فيها إجماع بل ذهب الجمهور(المالكية والحنفية والحنابلة) إلى أن الخلوة كالجماع توجب المهر كاملاً، وتوجب العدّة. ينظر بداية المجتهد - (٢ / ٧١). و تفسير آيات الأحكام - (١ / ٤٤١).

9 - البحر الزخار (٦ / ٤٣١).و بدائع الصنائع - (٣ / ١٩١).

قوله[تعالى][١]:(وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ)[٢][الآية] [٣] ولشبهها بالمدخول بها، وللآثار الواردة في ذلك كما روي عن علي [عليلم][٤] وعمر أنهما قالا إذا أغلق باباً وأرخى ستراً [فلها الصداق كاملاً] [٥] وعليها العدة" نسبه في التلخيص إلى البيهقي من رواية الأحنف[٦] عنهما قال وفيه انقطاع [٧].

قلت: وهو في شفاء الأوام من رواية الأحنف عنهما بمعناه [٨].

قال في التلخيص: وفي الموطأ عن يحيى بن سعيد[٩] عن ابن المسيب عن عمر في المرأة يتزوجها الرجل أنها إذا أُرْخِيَتِ[١٠] السُّتُورُ[وغلقت الأبواب] [١١]فَقَدْ وَجَبَ الصَّدَاقُ[١٢].

[وروى عبد الرزاق في مصنفه عن أبي هريرة قال: قال عمر: إذا أرخيت[١٣] الستور وغلقت الأبواب فقد وجب الصداق] [١٤][١٥].

وفي الدار قطني من طريق عباد بن عبدالله[١٦] عن علي عليلم قال: إذا أغلق باباً وأرخى ستراً أو رأى عورة فقد وجب عليه الصداق "[١٧].

---

1 - الزيادة من (ب) .
2 - البقرة : ٢٢٨ .
3 - الزيادة من (أ،ج) .
4- الزيادة من (أ،ب) .
5 - في (أ) [فقد وجب الصداق كاملاً] بدلاً ما بين المعقوفين. والصحيح ما أثبته كما في الرواية وتلك في رواية أخرى عن الإمام علي رضي الله عنه.بدون " كاملاً ".
6 -هو أبو بحر الأحنف بن قيس بن معاوية بن حصين البصري كان اسمه صخر وقيل اسمه الضحاك والأحنف لقب لأنه ولد أحنف كان من التابعين ومن عقلاء الناس وفصحائهم وحكمائهم يروي عن عمر وعثمان رضي الله عنهما روى عنه الحسن وأهل البصرة مات سنة سبع وستين بالكوفة في إمارة ابن الزبير . ينظر الأنساب (ج٣/ص٢٥٥).
7 -أخرجه البيهقي في السنن الكبرى-كتاب الصداق - باب من قال من أغلق بابا أو أرخى سترا فقد وجب الصداق وما روي في معناه - رقم ١٤٢٥٩ (ج٧/ص٢٥٥). و التلخيص الحبير (ج٣/ص١٩٣).
8 - شفاء الأوام في أحاديث الأحكام (٢ / ٢٠٠).
9 -هو يحيى بن سعيد بن قيس الإمام العلامة المجود، عالم المدينة في زمانه، وشيخ عالم المدينة، وتلميذ الفقهاء السبعة: أبو سعيد الأنصاري الخزرجي النجاري المدني القاضي مولده قبل السبعين زمن ابن الزبير، سمع من أنس بن مالك، وسعيد بن المسيب، وروى عنه الزهري وشعبة ومالك والأوزاعي ، وعدة: مات سنة ثلاث وأربعين ومائة. (سير أعلام النبلاء - (٥ / ٤٦٨).
10 - في (أ) أرخت.
11 - الزيادة من (أ،ج) . ولم أجدها في الموطأ .
12 - أخرجه مالك في الموطأ-كتاب النكاح - باب إِرْخَاءِ الستور -رقم١١٠٠ (ج٢/ص٥٢٨).
13 - في (أ) أرخت.
14- سقط من (ج) .
15 - أخرجه عبد الرزاق في المصنف -باب وجوب الصداق - رقم١٠٨٦٨ (ج٦/ص٢٨٥).
16 - هو عباد بن عبد الله الأسدي الكوفي روى عن علي وعنه المنهال بن عمرو قال البخاري فيه نظر وذكره ابن حبان في الثقات وقال علي بن المديني ضعيف الحديث وقال ابن الجوزي ضرب ابن حنبل على حديثه عن علي أنا الصديق الأكبر وقال هو منكر وقال ابن حزم وهو مجهول.ينظر تهذيب التهذيب ج٥/ص٨٦).
17 - أخرجه الدار قطني في سننه - كتاب النكاح -باب المهر رقم ٢٢٩ (ج٣/ص٣٠٦) وَفِيهِ انْقِطَاعٌ. ينظر التلخيص الحبير (ج٣/ص١٩٣).

وروى أبو عبيد في كتاب النكاح من رواية زرارة بن أبي أوفى[١] قال قضى الخلفاء الراشدون المهديون "أَنَّهُ إذا أَغْلَقَ البَاب وَ[٢]أَرْخَى السِتْر فَقَدْ وَجَبَ الصَّدَاقُ"، وفي الدار قطني أيضاً من طريق محمد بن عبدالرحمن [بن يحيى] [٣] بن ثوبان[٤] قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله [وسلم] [٥]: " من كشف خمار امرأة ونظر إليها فقد وجب الصداق دخل بها أم لم يدخل"[٦] وفي إسناده ابن لهيعة[٧] مع إرساله، لكن أخرجه أبو داود في المراسيل من طريق [ابن] [٨] ثوبان ورجاله ثقات[٩]انتهى [١٠].

وقد تقدمت هذه الآثار كلها [و] [١١] في الشفاء بمعنى هذه الآثار من طرقها المذكورة وزيادة " ووجبت العدة" [١٢] .

وفي البحر ما لفظه" وإذا لزم المهر لزمت العدة."وعن ابن عباس وابن مسعود[١٣] وش أن العدة لا تجب بالخلوة لقوله تعالى(ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ)[١٤] الآية، قالوا والخالي لم يمس [١٥].

قلنا: ما تقدم كالمخصص [لها] [١٦] والله أعلم.

---

1 - هو زرارة بن أوفى أبو حاجب العامري الحرشي البصري قاضيها أخرج البخاري في الديات والعتق وغير موضع عن قتادة عنه عن عمران بن حصين وأبي هريرة ، مات قبل محمد بن سيرين سنة ثمان ومائة ويقال سنة ست ومائة ،قال أبو بكر حدثنا أبو سلمة موسى بن إسماعيل وهدبة بن خالد قالا ثنا أبو حباب القصاب صلى بنا زرارة بن أوفى صلاة الصبح فقرأ يا أيها المدثر حتى إذا بلغ فإذا نقر في الناقور خر ميتا . (التعديل والتجريح - (٢ / ٥٩٧).

2 - في (أ) أو .

3 - الزيادة من (أ) وليست صحيحة كونها ليست موجودة في الدار قطني .

4 - هو محمد بن ثوبان شيخ يروي المراسيل روى عن النبي صلى الله عليه و سلم قال من كشف امرأة فنظر إلى عورتها فقد وجب الصداق روى عبيد الله بن أبى جعفر عن صفوان بن سليم عن عبد الله بن يزيد عنه وقد وهم من زعم أن له صحبة لأن هذا مرسل والمرسل لا تقوم به الحجة . الثقات لابن حبان (٥ / ٣٧٠).

5- الزيادة من (ج) .

6 - أخرجه الدار قطني في سننه -كتاب النكاح - باب المهر- رقم٢٣٢ (ج٣/ص٣٠٧).

7 -هو عبد الله بن لهيعة بن عقبة أبو عبد الرحمن الحضرمي، ويقال الغافقي قاضي مصر قال الحميدي عن يحيى بن سعيد كان لا يراه شيئا مات سنة أربع وسبعين ومائة، وقال يحيى بن بكير احترق منزل بن لهيعة وكتبه في سنة سبعين ومائة. (التاريخ الكبير ج٥/ص١٨٢).

8 - سقط من (أ) .

9 - أخرجه أبو داود في المراسيل -كتاب النكاح - باب في المهر رقم ٢١٤ (ج١/ص١٨٥).

10 -التلخيص الحبير (ج٣/ص١٩٣)، والخلاصة أن الحديث ضعيف كما قال الألباني في الإرواء (٦ / ٣٥٦).

11 - سقط من (ب).

12 - ينظر كتاب شفاء الأوام - (٢ / ٢٠٠) .

13 - في(أ) تقديم وتأخير (ابن مسعود وابن عباس).

14 - الأحزاب ٤٩.

15 -البحر الزخار (٤/٢١٠) والحاوي في فقه الشافعي - للماوردي - (٩ / ٥٤٠).

16 - سقط من (أ).

وأما الخلوة الفاسدة فهي حيث تكون ثمة مانع من الوطء، وإنما زاد المؤلف [عليلم][1][2/] لفظة[3] حقيقي لأن عبارة الأزهار[4] توهم أن كل عقلي لا تجب معه العدة، وإن كان ليس بمانع عقلي حقيقي كالجذام ونحوه، إذ قد تطلق عليه أنه عقلي وليس ذلك بمراد.

قال في الغيث: وأما الفاسدة فهي التي يكون معها مانع من الوطء، فإن كان المانع [من الوطء] [5] شرعياً كالصيام والإحرام فقد ذكر ط أنه لا يمتنع أن يكون المذهب فيها كقول أصحاب ح أنها توجب العدة كالصحيحة [6]، وهكذا إذا كانت معيبة فالسبب كالمانع الشرعي لأنه يمكن معه الوطء، وقد نص الهادي عليلم على أن الخلوة بالمعيبة توجب العدة.

نعـــــم :واختلف أصحابنا في خلوة المجبوب المستأصل هل توجب العدة ؟

الصحيح أنها لا توجب العدة [عندنا[7]و ح] [8] [9]، وقال ش: الخلوة لا توجب عدة[10].

لنا: [أنَّ] [11] العدة حق لله تعالى فإذا خلا بها ولا مانع من الوطء لم يكن لنا أن نبطل حق الله تعالى بتصادقهما انتهى [12].

وأما العنين والْمَسْلُول[13] فتجب العدة بخلوتهما [إذ ليس التعنين والسَّل بمانع][14] عقلي إذ قد يصح [الوطء منهما] [1] في بعض الأحوال فتجب العدة بخلوتهما [2].

---

1 - الزيادة من (أ).
2 - نهاية ورقة ١١٠ من (أ) .
3 - في (أ) لفظ .
4 - الأزهار - (١ / ٧٨).
5 - الزيادة من (ب).
6 - البحر الرائق (ج٤/ص١٥٤).
7 - شرح الأزهار - (٢ / ٢٦٤).
8 - الزيادة من (ب).
9 - الصحيح من قول أبي حنيفة أن خلوة المجبوب تصح وَعَلَيْهَا الْعِدَّةُ لِأَنَّ الْخَلْوَةَ إذَا صَحَّتْ أُقِيمَتْ مَقَامَ الْوَطْءِ في حَقِّ تَأَكُّدِ الْمَهْرِ فَفِي حَقِّ الْعِدَّةِ أَوْلَى لِأَنَّهُ يُحْتَاطُ في إيجَابِهَا وأما قول أبي يُوسُفَ إنْ كان الْمَجْبُوبُ يُنْزِلُ فَعَلَيْهَا الْعِدَّةُ لِأَنَّ الْمَجْبُوبَ قد يَقْذِفُ بِالْمَاءِ فَيَصِلُ إلى الرَّحِمِ وَيَثْبُتُ نَسَبُ وَلَدِهِ فَتَجِبُ الْعِدَّةُ احْتِيَاطًا، وَإِنْ كان لَا يُنْزِلُ فَلَا عِدَّةَ عليها. بدائع الصنائع - (٢ / ٢٩٣).
10 - الحاوي في فقه الشافعي - للماوردي - (١١ / ١٩٢) وشرح الأزهار - (٢ / ٤٦٣).
11 - سقط من (أ).
12 - الغيث المدرار ج٢(خ).
13 -المسلول هو: ما سُلَّ من قشره. لسان العرب (١١ / ٣٣٨)والمراد به: الذي سلت خصيته لكي لا ينجب . ينظر كتاب التحرير - (١ / ٨٣٦).
14 - في (أ) [إذا التعنين والسل مانع عقلي] بدل ما بين المعقوفين .

قال في اللمع: وذلك لأن الخلوة إذا حصلت من هؤلاء، فالتسليم المستحق بعقد النكاح قد حصل ممن يصح منه الوطء على وجهٍ.

وهذا يوجب المهر لما بينا في النكاح، فإذا وجب المهر وجبت العدة، لأن كل ما يوجب المهر يوجب العدة، قال والمجبوب المستأصل لا يلزم عليه، لأنه لا يصح الوطء منه على وجهٍ فأشبه الطفل انتهى [3].

تنبيـــــهٌ: والمرأة المخلو بها إن[4] تيقنت أن الزوج لم يطأها لم تجب عليها العدة فيما بينها وبين الله سبحانه [5]، وإنما يجب في ظاهر الحكم هكذا في الغيث [6].

وقال فيه:أما لو لم يدخل بها ولا خلا بها ولكنها أخذت ماءه فاستدخلته [فرجها] [7] فقد ذكر أص ش[8] أنّ العدة تلزمها، قال ولا يبعد على أصلنا لأنها تجوِّز الحمل انتهى [9].

قوله عليلم:" **فَالْحَامِلُ بِوَضْعِ كله مُتَخَلِّقًا**[10][11] **منه غَالِبًا** "

اعلم: أن المطلقة إما حامل، أو حائل ذات حيض، أو منقطعة أو آيسة أوضهياء، وقد بدا بذكر الحامل وعدتها إنما تنقضي بوضع كل الحمل، بشرط أن يكون متخلقاً، فإن وضعته قبل أن يظهر فيه أثر الخلقة كانت عدتها بالأقراء، إذ يحتمل أن يكون ما وضعته دماً جامداً وليس بحملٍ.

وإذا كانت حاملاً [12] بولدين فوضعت احدهما وبقي الآخر في بطنها لم تنقض عدتها بوضع الأول، فيكون للزوج رجعتها إذا كان الطلاق رجعياً، فإن لم يراجعها حتى وضعت

---

1 - في (أ) منهما الوطء .

2 - شرح الأزهار - (٢ / ٤٦٢) بنحوه .

3 -اللمع في فقه أهل البيت للأمير علي بن الحسين (خ) .

4 - في (أ) إذا.

5 - في (أ) تعالى.

6 - الغيث المدرار ج٢(خ).

7 - الزيادة من (ب).

8- رمز لأصحاب الشافعي.

9 - تحفة المحتاج في شرح المنهاج - (٣٤ / ٤٦٨).وشرح الأزهار - (٢ / ٤٦٣).

10 - قال في البحر: قلنا أقل ما يتخلق لمائة وعشرين يوماً لقوله صلى الله عليه وآله وسلم، أول بدءٍ خلق أحدكم في بطن أمه.. الخ تم بلفظه. (ج٤/٢٢٠) دار الأندلس.(تعليق في الحاشية من (ب)قلت لفظ الحديث عن ابن مسعود رضي الله عنه قال حدثنا رسول اللَّه صلى الله عليه وسلم وهو الصَّادقُ الْمَصْدُوقُ قال إِنَّ أَحَدَكُمْ يُجْمَعُ خَلْقُهُ في بَطْنِ أُمِّه أَرْبَعينَ يَوْمًا ثُمَّ يَكُونُ عَلَقَةً مثْلَ ذلك ثُمَّ يَكُونُ مُضْغَةً مثْلَ ذلك ثُمَّ يَبْعَثُ الله مَلَكًا فَيُؤْمَرُ بِأَرْبَعٍ كلمَات وَيُقَالُ له اكْتُبْ عَمَلَهُ وَرِزْقَهُ وَأَجَلَهُ =وَشَقِيٌّ أو سَعِيدٌ ثُمَّ يُنْفَخُ فيه الرُّوحُ ..... الحديث أخرجه البخاري في صحيحه - كِتَاب بَدْءِ الْخَلْقِ - بَاب ذِكْرِ الْمَلَائِكَةِ -رقم ٣٠٣٦ (ج٣/ص١١٧٤).

11 - نهاية ورقة ١١٦ من (ب).

12 - في (أ) حاملة.

الآخر انقضت عدتها بوضعه، وكذا يأتي لو راجعها بعد وضع الأول ثم طلقها، فإن عدتها تنقضي بوضع الآخر وذلك واضح .

وقوله: "منه" معناه أن الحمل الذي تنقضي العدة بوضعه، إنما هو حيث تكون من الزوج المطلق في ظاهر الشرع لا حيث كان من غيره، كما لو تزوجت امرأة المفقود لقيام البينة بموته، فحملت من الزوج الثاني ثم قدم المفقود فطلقها، فإنها لا تنقضي عدتها منه بوضع ذلك الحمل الذي ليس منه، وإنما تنقض عدتها منه بالأقراء بعد وضع الحمل، وكذا من طلقها زوجها فأتت بولد لدون ستة أشهر من يوم عقد النكاح فإن عدتها لا تنقضي بوضع ذلك الحمل، إذ هو غير لاحق به بل بالأقراء بعد وضعه ونحو ذلك .

وقوله [غالباً] [١]: احتراز ممن نكحت في العدة جهلاً، فوضعت لدون ستة أشهر منذ دخل بها الثاني ولأربع سنين فما دون، منذ طلقها الأول فإن الولد يلحق بالأول إذ لا يمكن إلا منه، ولا تنقضي به عدتها منه، لأنه يجب عليها تقديم الاستبراء من ماء الزوج الثاني.

وكذا الكلام في امرأة المفقود، حيث تزوجت ثم قدم وأتت بولد لا يلحق إلا به.

ولفظ "منه غالباً" مزيد من المؤلف عليلم، وهي زيادة متوجهة مفيدة فلا برح أيده الله مانحا للفوائد مقيداً للشوارد مستغرقاً لأنواع المحامد هــ.

تنبيـــــهٌ: قال الهادي عليلم: ولا تحل لزوج آخر حتى تغتسل من نفاسها[٢]، وظاهره أنّ مدة النفاس من جملة العدة، وحمله بعض المذاكرين على ظاهره .

وفيه نظر إذ يلزم من ذلك أن للمطلق مراجعتها ما لم تغتسل، ولا قائل بذلك لمصادمته قوله تعالى**(** وَأُوْلَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ **)**[٣] والصحيح أنّ مراد الهادي عليلم أنّ الوطء لا يحل للزوج الثاني حتى تغتسل من نفاسها، كما ذكره ض زيد لأن العقد بعد الوضع جائز إجماعاً .

قوله عليلم:" **والْحَائِضُ بِثَلَاثِ كاملة غَيْرَ واقعة في شبهه [ولاعنها]** [٤]" أي ومن كانت ذات حيض اعتدت بثلاث حيض كاملة تامة ومعنى كونها [كاملة] [٥] أن تكون غير الحيضة التي[٦] طلقت فيها.

---

1 - سقط من (ب).

2 - تحرير أبي طالب للإمام أبي طالب يحيى بن الحسين الهاروني - تحقيق محمد يحيى سالم عزان(١ / ٢٩١).

3 - الطلاق٤.

4 - الزيادة من (ب).

5 - الزيادة من (أ).

6 - في (أ) الذي.

وأراد بقوله غير واقعة في شبهة ولاعنها، ما إذا تزوجت المطلقة في عدتها جهلاً بتحريم ذلك، فإنه لا يعتبر بما مرَّ عليها من الحيض تحت الزوج الثاني ولو كثرت أو تزوجت أزواجاً عدة، واستكملت عدتها من كل واحد منهم إلا الأول فإن الواجب عليها أن تستبرئ من الآخر ثم تستكمل عدة الأول، ثم بعد انقضاء عدتها من الأول تزوج من شاءت.

وكذا لو وطئت المطلقة في العدة بشبهة فإنه لا يعتبر بما استبرأت به من الحيض عن وطء الشبهة بل يكمل عدتها من الطلاق بعد تمام الاستبراء، ولا خلاف في أن عدة المطلقة ذات الحيض ثلاثة أقراء، ولكن اختلف في الاقراء هل المراد بها الأطهار أوالحيض؟

فالمذهب وهو قول الحنفية وإليه ذهب جماعة من الصحابة والتابعين أن المراد بها في الآية الحيض، إذ هو الحقيقة لسبقه إلى الفهم واستعماله بمعنى الطهر مجاز، وقيل العكس، وقيل مشترك[1].

---

1 - العناية شرح الهداية - (٦ / ٩٧). وبداية المجتهد (ج٢/ص٦٧).

قلنا: غلب استعمال الشارع إياه في الحيض، كقوله صلى الله عليه وآله للمستحاضة " صَلِّي ما بين الْقَرْءِ إلى الْقَرْءِ"[١]، وقوله [صلى الله عليه وآله] [٢] " دَعِي الصَّلاَةَ أيام أقرائك"[٣] فوجب حمل الملتبس عليه لغلبته، وإن سلمنا كونه غير حقيقة فيه بخصوصه.

ويؤيد ذلك قوله صلى الله عليه وآله في السبي" ولا ذات حيض حتى تستبرأ بحيضة[٤]، [وفي أمّ الولد عدتها حيضتان][٥]" ونحو ذلك.

وذهب ك وش وكثير من العلماء إلى أن المراد بالأقراء الأطهار، لقوله تعالى "**(ثَلاَثَةَ قُرُوَءٍ)**[٦][٧]، فذكرها قلنا اعتباراً [باللفظ][٨] كثلاثة شخوص[٩] لنسوة، قالوا القرء الجمع واجتماع الدم في الرحم إنما يكون في الطهر.

قلنا: بل كمال اجتماعه وقت خروجه.

قالوا قال تعالى **(فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ)** [١٠] أي فيها[١١/]، والمراد الطهر [١٢].

قلنا: بل أراد مستقبلات فهي حجة لنا، ثم أنّ القصد بالعدة استبراء رحم المرأة من ماء الرجل، وقد ثبت أنّ الاستبراء في الإماء بالحيض اتفاقاً، فكذا تكون في الحراير.

قوله عليلم: " **فَإِنْ انْقَطَعَ وَلَوْ مِنْ قَبْلِ تَرَبُّصَتْ حَتَّى يَعُودَ فَتَبْنِي أَوْ تَيْأَسَ فَتَسْتَأْنِفُ بِالْأَشْهُرِ** " أي فإن انقطع الحيض ولو من قبل الطلاق لم يكن لها أن تعتد بالأشهر، بل

---

1 - أخرجه النسائي في السنن الكبرى - كتاب الطلاق - باب الأقراء - رقم ٥٧٤٧(ج٣/ص٤٠١).و أبو داود في سننه - كتَاب الطَّهَارَةِ - بَاب في الْمَرْأَةِ تُسْتَحَاضُ .... رقم٢٨٠ (ج١/ص٧٢).وصححه الألباني في الإرواء (٧ / ١٩٩).

2- زيادة من (أ،ب) .

3 - أخرجه الدار قطني في سننه –كتاب الحيض رقم٣٦ (ج١/ص٢١٢).وإسناده صحيح كما قال الألباني في صحيح أبي داود - باب من قال: تغتسل من طُهْرٍ إلى طهْر. (٢ / ١٠٠).

4 - أخرجه الحاكم في المستدرك على الصحيحين- كتاب النكاح- باب في سبايا أوطاس -رقم ٢٧٩٠ -بلفظ "عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه ورفعه أنه قال في سبايا أوطاس لا توطأ حامل حتى تضع ولا غير ذات حمل حتى تحيض حيضة " وقال هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه. (ج٢/ص٢١٢) وأبو داود في سننه- كتَاب النِّكَاحِ -بَاب في وَطْءِ السَّبَايَا - رقم٢١٥٧ (ج٢/ص٢٤٨). وصححه الألباني .ينظر صحيح أبي داود للألباني- كتَاب النِّكَاحِ - بَاب في وَطْءِ السَّبَايَا (٦ / ٣٧١) .

5 - ما بين المعقوفتين زيادة في المخطوط لم أقف على أصلها. وإنما نحوها كقول ابن عُمَر، أن عدة أم الولد حيضة. ينظر السنن الصغرى - (٢ / ٣٤٨). وحديث "طَلَاقُ الْأَمَةِ تَطْلِيقَتَانِ وَعِدَّتُهَا حَيْضَتَانِ" أخرجه أبو داود في سننه من كتاب الطلاق - باب في سنة طلاق العبد -رقم ٢١٨٩وضعفه (٤٤٣/٢).

6 - البقرة : ٢٢٨ .

7 - بداية المجتهد (ج٢/ص٦٧).و الأم (ج٥/ص٢٠٩).

8- سقط من (ج) .

9 - في (أ) أشخص .

10 - الطلاق١.

11 - نهاية ورقة ١١١ من (أ) .

12 - إعانة الطالبين ج٤/ص٣٩ بمثله .

تتربص[١] أي تنتظر عود الحيض، فمتى عاد بنت على ما قد كان مضى من الحيض، فإن لم يعد الحيض وبلغت سن الإياس، وهو ستون سنة على المختار[٢]، استأنفت العدة بالأشهر، ولا يبنى على ما قد مضى من الحيض إن كانت قد حاضت بعد الطلاق .

وإن كان انقطاع الحيض من قبل الطلاق، فواضح أنها تعتد بالأشهر بعد بلوغ مدة الاياس، وحذف قوله في الأزهار " وَلَوْ دَمَتْ فِيهَا "[٣] لفهم ذلك من إطلاق قوله فتستأنف بالأشهر، وإنّما لم تعتد بما رأت الدم في الأشهر لأنه ليس بحيض، وإنما هو دم علة وفساد حكى ذلك عن الأخوين[٤]في الزوايد [٥]. هذا حاصل المذهب في هذه المسألة [٦].

قيل: أما حيث انقطع الحيض لعارض معلوم كالرضاع والمرض، فلا خلاف في وجوب التربص حتى يعود فتعتد بالاقراء، وأما إذا كان لعارض غير معلوم، فالمذهب أنها تتربص[٧] أيضاً كما تقدم [٨]، وهو قول ح وش وهو مروي عن علي عليلم وابن مسعود،[٩] وذهب ك إلى أنها تتربص تسعة أشهر ثم تعتد بالأشهر، وهو قول عمر [١٠].

وعن الباقر والصادق وأحد قولي الناصر أنّها لا تتربص بل تعتد بالأشهر [١١].

وحكى الغزالي عن ش أنها تتربص أكثر مدة الحمل ثم تعتد بالأشهر [١٢].

قال في الانتصار[١٣]: والمشهور للشافعي قولان: كقول الهادي وكقول الباقر، واختار الإمام ح أنها تتربص أربعة أشهر وعشرا، قال ويحتمل أنّ هذه المدة من الوقت[/١٤] الذي يغلب على ظنها انقطاع الدم، وعن ع أنها إذا رأت الدم بعد الستين اعتدت به، ذكر معنى ذلك جميعه في الغيث ثم قال: والحجة على وجوب التربص قوله تعالى **(** ثَلاَثَةَ قُرُوَءٍ **)**[١٥]

---

1 - في (ب) تربص وكذا في بقية النسختين (أ، ب) فلا داعي للتكرار.
2 - البحر الزخار (٣ / ٢٤٢).
3 - الأزهار - (١ / ٧٨).
4 - المؤيد بالله وأبي طالب. ينظر (الانتصار على علماء الأمصار - (١ / ٤٧٧).
5 - الزوائد (خ) .
6 - شرح الأزهار - (٢ / ٤٦٥) .
7- في (ج)تربص وكذا في بقية النسخة.
8 - شرح الأزهار - (٢ / ٤٦٥) .
9 - إعانة الطالبين ج٤/ص٤١.
10 - جامع الأمهات لجمال الدين أبي عمرو عثمان بن عمر ابن أبي بكر المشهور بابن الحاجب المالكي(ج١/ص٣١٩).
11 - شرح الأزهار - (٢ / ٤٦٥).
12 - الوسيط ج٦/ص١٢٢.
13 - الانتصار على علماء الأمصار ج٥(خ).
14 - نهاية ورقة ١١٧ من (ب).
15 - البقرة: ٢٢٨.

فعين الاقراء ولم ينج الاعتداد بالأشهر إلا للآيسات، فقال تعالى: **(وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ)**[١] الآية ولا خلاف في ذلك، وإنما الخلاف في قدر مدة الاياس.

وحجتنا على أنها ستون سنةً، ما رواه زيد بن علي عن أبيه عن جده عن علي عليلم قال في المطلقة: إذا انقطع حيضها تربص إلى حد الاياس، وهو ستون سنة ثم تعتد بالأشهر ثلاثة أشهر [٢]، وعن زيد بن ثابت[٣] مثله.

قال: وحجتنا على أن الدم بعد الستين ليس حيضاً أنّ الغالب انقطاعه، وتعذره حينئذ فجرى مجرى الدم الخارج من الطفلة فكما لا تعتد به في الطفلة، فكذلك[٤] الآيسة [٥].

قوله عليلم " **فَإِنْ انْكَشَفَتْ حَامِلًا فبِالْوَضْعِ كمَا مَر** " يعني فإن انقطع حيضها لعارض[٦] فتربصت إلى أن غلب في ظنها أنها قد صارت آيسةً، فانكشفت حاملاً فإن عدتها تكون بوضع الحمل.

وقوله كما مر معناه [ما تقدم] [٧] من اشتراط كون الحمل منه غالباً وقد تقدم بيان ذلك، والولد يلحق بالمطلق الذي اعتدت منه مطلقاً إذا كان الطلاق رجعياً، وإن كان باينا لحق به حيث تأتي به لأربع سنين فما دون من يوم الطلاق كما سيأتي تفصيله إن شاء الله تعالى، وإن لم تلحق به وذلك حيث يكون الطلاق بائنا و[٨] تأتي به لفوق أربع سنين وجب عليها أن تستأنف العدة بالحيض بعد الوضع، لأنها انكشفت غير آيسة، وقيل: بجعل الوضع كحيضة ولا وجه له [٩].

قوله عليلم: " **والضَّهْيَاءِ وَالصَّغِيرَةُ بِالْأَشْهُرِ** "المراد بالضهياء: البالغة التي لم يأتها حيض قط [١٠]،

---

1 - الطلاق: ٤.

2 - شرح الأزهار (٢ / ٤٦٥).و أصول الأحكام في الحلال والحرام - (١ / ٥١١).

3-هو زيد بن ثابت الضحاك بن زيد أبو سعيد كاتب رسول الله، قتل أبوه يوم بعاث فقدم النبي وزيد صبي ذكي نجيب عمره إحدى عشرة سنة ، فأسلم وأمره النبي r أن يتعلم خط اليهود فجود الكتابة وكتب الوحي وحفظ القرآن وأتقنه واحكم الفرائض وشهد الخندق وما بعدها، وانتدبه الصديق لجمع القرآن ثم عينه عثمان لكتابة المصحف ، مات سنة خمس وأربعين وقيل أربع وخمسين كما قال الواقدي (تذكرة الحفاظ لأبي عبد الله شمس الدين محمد الذهبي، - دار الكتب العلمية - بيروت، ط١/ (ج١/٣٠).

4 - في (أ) كذلك .

5 - الغيث المدرار ج٢(خ) .

6 - نهاية ورقة ١١٢ من (أ) .

7 - سقط من (ج) .

8 - في (أ) أو.

9 - شرح الأزهار - (٢ / ٤٦٦) .

10 - القاموس المحيط (ج١/ص١٦٨٤). والصحاح لإسماعيل بن حماد الجوهري (ت٣٩٣هـ).- دار العلم للملايين- بيروت.ط٤/ ١٩٩٠م. (٧ / ٢٦٠).

فهي والصغيرة غير البالغة تكون عدتها بالأشهر [١].

قال الإمام المهدي عليلم: وتسمى المرأة ضهياء إذا بلغت، يعني بغير الحيض، ولم تر حيضاً بعده بشهرين .

وقيل: إذا لم يأتها في وقت عادة نسائها، وقواه المؤلف عليلم. قيل: ويحتمل أنها لا تسمى به إلا بعد مضي سنة من بلوغها، لم تر فيها حيضاً [٢].

والقول بأن الضهياء كالصغيرة، هو قول م بالله وأكثر الفقهاء، وقواه كثير من المذاكرين [٣].

وخرّج ع للهادي [عليلم] [٤] أنها تربص حتى يأتيها الحيض فتعتد بالحيض، أو تبلغ حد الاياس فتعتد بالأشهر [٥].

وعن محمد بن الحسن: أنها إذا بلغت ثلاثين سنة اعتدت بالأشهر[٦]، وعن ك: أنها تتربص تسعة أشهر ثم تعتد بالأشهر كقوله في التي انقطع حيضها لعارض [٧].

حجتنا على الجميع قوله تعالى: **(**وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِن نِّسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ **)**[٨] معناه عدتهن ثلاثة أشهر فقوله **(** وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ **)**[٩]، يتناول الصغيرة والضهياء .

تنبيـــــهٌ: اعــلم أن المعتدة بالأشهر إذا طلقت، وقد مضت أيام من الشهر أكملت ثلاثين يوماً، ولو كان الشهر تسعة وعشرين يوماً وتعتد الشهرين الأخيرين على ما يهلان، **هذا مذهبنا** [١٠] وش ورواية عن ح، والرواية الثانية عنه أنها تعتد تسعين يوماً [١١].

حجتنا ظاهر قوله تعالى:**(** ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ **)**[١٢] وإنما تطلق الشهر على المستهل، وتكميل الشهر الأول ثلاثين يوماً لعدم استهلاله.

---

1 - شرح الأزهار - (٢ / ٤٦٥) بنحوه .
2 - شرح الأزهار - (٢ / ٤٦٦).
3 - التذكرة الفاخرة (ص٢٩٥).
4 - الزيادة من (أ،ب) .
5 - البيان لابن مظفر (٣٢٦/٢)و شرح الأزهار - (٢ / ٤٦٦) .
6 - الاختيار لتعليل المختار - (٣ / ١٩٢).
7 - التاج والإكليل (ج٤/ص١٤٣).
8 - الطلاق:٤.
9 - الطلاق:٤.
10 - كتاب التحرير - (١ / ٣٥٢).
11 - العناية شرح الهداية - (٥ / ١٧٣). وشرح المحلي على المنهاج (١ / ٨٦).
12 - الطلاق :٤.

قوله [عليلم] [1]: "**فَإِنْ بَلَغَتْ فِيهَا بِالْحَيْضِ اسْتَأْنَفَتْ** "يعني فإن بلغت الصغيرة في أشهر العدة وكان بلوغها بالحيض وجب عليها أن تستأنف العدة بالحيض، ولا تبني على ما قد مضى من الأشهر ولا خلاف في ذلك، وإن لم تبلغ بالحيض بل بالسنين أو الإنبات فقط ولم تر حيضاً، فإنها تبنى على ما قد مضى من الشهور اتفاقاً، فأما لو[2] بلغت بالحمل فلأص ش[في ذلك جهان][3] والأقرب على أصلنا أنه كالحيض، إذ مفهومه لا يغير[4] الحيض فلا تستأنف وذلك واضح [5].

قوله عليلم: " **المذهب والمتحيرة تتربص**" اعلم أن المستحاضة إذا طلقت، والدم مطبق عليها، وكانت ذاكرة لوقتها ناسية لعددها، فالواجب عليها أن تتحرى للعدة، كما تتحرى للصلاة [6]، وقد تقدم بيان ذلك في باب الحيض [7].

وأما إذا لم تكن ذاكرة لوقتها، وهي المتحيرة فظاهر كلام أهل المذهب أنه يجب عليها[8] أن تتربص إلى مدة الاياس كالتي انقطع حيضها لعارض مجهول [9]، وضعف ذلك المؤلف عليلم، فأشار إلى تضعيفه بذكر المذهب كعادته .

والمختار عنده ما تقدم ذكره في باب الحيض، من أنّ المتحيرة كالمبتدأة في الرجوع إلى عادة قرايبها من قبل أبيها، فإن اختلفن عملت[10] بعادة أقلهن طهراً وأكثرهن[11] حيضاً فإن عدمن فبالصفة ميّزت وإلا فبأقل طهرٍ وأكثر حيضٍ، وقد تقدم توجيه ذلك في باب الحيض.

وفي الإرشاد: أن المتحيرة تعتد بثلاثة أشهر، قال في شرحه إلحاقاً لها بالمبتدأة غير المميزة، ووجه ذلك اشتمال الثلاثة الأشهر على ثلاثة أطهار[12]هـ.

---

1 - الزيادة من (ب).

2 - في (أ) إذا.

3 - في (أ) وجهان في ذلك .

4 - في (أ) لغير .

5 - الحاوي الكبير للماوردي -(١١ / ٤٤١).

6 - كتاب الأحكام في الحلال والحرام (١ / ٤٧٥). و شرح التجريد في فقه الزيدية للإمام المؤيد بالله أحمد بن الحسين الهاروني المتوفى (٤١١هـ). تحقيق محمد يحيى عزان و حميد جابر عبيد - مركز البحوث التراث اليمني(٣ / ٢٩٨).

7 - وفي (أ) زيدت هذه الفقرة [وأما إذا لم تكن ذاكرة لوقتها ناسية لعددها، فإن الواجب عليها أن تتحرى للعدة كما تتحرى للصلاة، وقد تقدم بيان ذلك في باب الحيض .] فأحببت حذفها لما فيها من التكرار، وحتى لا تخل بالأصل .

8 - في (أ) "عليه "وهو خطأ واضح .

9 - شرح الأزهار - (٢ / ٤٦٦)بنحوه.

10 - في (أ) "عُمل " .

11 - في (أ) "أكثر " .

12 - الإرشاد (١٤٩)و فتح الجواد شرح الإرشاد(١٥٩/٢) .

"فَصْـــــلٌ"

[ما يثبت للزوج في عدة الطلاق الرجعي]

وتثبت[1] **فِي عِدَّةِ الرَّجْعِيِّ فقط الرَّجْعَةُ وأحكام النكاح غالباً** "أي يجوز للزوج في عدة الطلاق الرجعي خاصةً، أن يراجع المطلقة من دون تجديد عقد عليها، ما لم تنقض عدتها بخلاف عدة البابن فلا رجعة فيها إلا بتجديد العقد، ولا خلاف في ذلك إلا عن أبي ثور، فقال: تصح الرجعة على المختلعة كما تقدم[2].

قال المؤلف عليلم: وإنما صرحنا بمتعلق الجار هنا، لأنه قصد به الاستمرار والتجدد، وهو لا يحذف إلا حيث كان بصفة الإخبار عما مضى، وثبت فيكون مع قصد التجدد والدوام في حكم المتعلق الخاص فيجب ذكره، وأيضاً فإنه أصرح في أن المقصود بقوله فقط القصر على الرجعي لا على العدة، وأوضح في قوله وأحكام النكاح لأنه على تقدير وثبت أو[3] استقر في عدة الرجعي، يوهم استقرار أحكام الرجعي فيما مضى في العدة، وهو خلاف المقصود انتهى كلامه عليلم بلفظه.

هكذا نقل عنه عليلم، والدليل على صحة الرجعة في عدة الرجعي الإجماع، وقوله تعالى**(** وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ**)**[4] [5].

وقوله "وأحكام النكاح"، معناه وتثبت في عدة الرجعي[6/] أحكام النكاح وهي أمور:

منها التوارث، فمن مات من الزوجين في عدة الطلاق الرجعي ورث منه الآخر، بخلاف عدة البابن فلا توارث فيما بينهما **هذا مذهبنا**، وسواء وقع الطلاق البابن في حال الصحة أو في حال المرض [7].

وقال ك: كل طلاق وقع في المرض فإن الموارثة تثبت معه [8]، وقال ح: إن كان بمسألتها لم ترث وإلا ورثت وأما هو فلا يرثها [9].

---

1 - في (أ) "يثبت " .
2 - شرح الأزهار - (٢ / ٤٦٩).
3 - في (أ) "و " .
4 - البقرة:٢٢٨.
5 -لقد خالف المصنف رحمه الله في هذه المسألة منهجية البدء بالاستدلال فالأصل أن يستدل أولاً بالآية ثم الإجماع كما هو المتعارف عليه عند علماء الأصول.
6 -نهاية ورقة ١١٩ من (ب).
7 - كتاب التحرير - (١ / ٣٤٨).
8 - منح الجليل شرح مختصر خليل - (٧ / ٣٩٤).
9 - الفتاوى الهندية - (١ / ٤٦٢).

حجة ك ما روي عن عثمان، ولم ينكر أنه ورث امرأة عبد الرحمن بن عوف، وقد كان طلقها بائناً في مرض موته [١].

وحجة ح معارضة الزوج، بنقيض قصده حيث طلقها لا بسؤالها [٢]، وقال أبو يوسف إنْ أبانها [في الصحة] [٣] من غير شرط أو في المرض مشروطاً بما لها عنه غنى، كتكليم زيد ودخول الدار، فلا ميراث وإلا وجب الميراث [٤].

قلنا: البائنة كالأجنبية والميراث فرع الزوجية، والمعارضة بنقيض القصد، لا تقوى على معارضة علة إسقاط الإرث، وهي البينونة وفعل عثمان اجتهاد فليس بحجة، ولئن سلمنا عدم التكبر فتلك حكاية فعل لا يعلم وجهه فلا يقوم حجةً، ولفظ الحديث المذكور عن ربيعة بن [أبي] [٥] عبدالرحمن قال سألت امرأة عبدالرحمن منه الطلاق، فقال إذا طهرت فآذنيني فآذنته فطلقها البتة أو تطليقة كانت بقيت لها، وهو مريض يومئذ فوَرَّثها عثمان من زوجها ميراثها بعد انقضاء عدتها [٦].

وفي رواية أن عبدالرحمن بن عوف[٧] طلق امرأته البتة، وهو مريض فورثها عثمان بعد انقضاء عدتها، هكذا في جامع الأصول عن الموطأ [٨]، وهو مشكل إذ لم يقل أحد بتوريث المبتوتة بعد انقضاء عدتها، والله أعلم .

ومنها التزين، فإنه يجوز للزوجة في عدة الرجعي، الخضاب والطيب ولباس الحلية ولباس الزينة، بخلاف عدة البائن فيلزمها فيها الإحداد وترك التزين على ما ذكره ع للمذهب، وهو قول ص بالله وح[٩].

---

1 - المدونة - (٥ / ١٢٤). والثمر الداني لآبي الأزهري - (٢ / ١٤٣).
2 - بدائع الصنائع - (٣ / ٢٢٠).
3 - سقط من (أ) .
4 - الجامع الصغير - (١ / ١٠٨) بنحوه .
5 - سقط من (أ) .
6 - أخرجه البيهقي في السنن الكبرى-كتاب القسم والنشوز - باب ما جاء في توريث المبتوتة في مرض الموت- رقم١٤٩٠٦ (ج٧/ص٣٦٣).
7 -هو عبد الرحمن بن عوف أبو محمد، كان اسمه في الجاهلية عبد عمرو وقيل عبد الكعبة فسماه النبي (ص) عبد الرحمن ، أحد العشرة، وأحد الستة أهل الشورى، وأحد السابقين البدريين القرشي الزهري، وهو أحد الثمانية الذين بادروا إلى الإسلام، من أغنياء الصحابة، له عدة أحاديث روى عنه ابن عباس وابن عمر وطائفة ، له. كان وفاته في سنة اثنتين وثلاثين ودفن بالبقيع. سير أعلام النبلاء (ج١/ص٦٨) بتصرف .
8 - جامع الأصول في أحاديث الرسول لمجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد الجزري ابن الأثير (المتوفى : ٦٠٦هـ)- تحقيق : عبد القادر الأرنؤوط-مكتبة دار البيان-ط١/ ، ١٩٧٢ م-رقم٧٤٠٤ (٩ / ٦١٥). وموطأ مالك (ج٢/ص٥٧٢) رقم ١١٨٥ . باب طَلَاقِ الْمَرِيضِ .قال الألباني: و سنده صحيح على شرط البخاري . إرواء الغليل - (٦ / ١٥٩).
9 - شرح الأزهار (٢ / ٤٦٧، ٤٧٥) .

وقال [ك وم بالله][1]: لا يلزمها[2] وهو الظاهر من قول ش، قالوا لأن عدتها عن طلاق كالرجعية، وإنما ورد الإحداد في حق المتوفى عنها كما سيأتي. [3]،وظاهر كلام ع واحتجاجه أن ترك الزينة واجب على البائنة، سواء كانت مختلعة أم مثلثة، لأنه احتج بأن النبي [صلى الله عليه وآله] [4] نهى المعتدة أن تختضب بالحناء، وقال: أنه طيبٌ [5]"[وذكره في شرح ض زيد أيضاً بلفظة "الحناء طيب"][6] [7] .

قال][8]: وهذا عام في كل معتدة، إلا ماخصه دليل هكذا في الغيث ونحوه في البحر، وقال وهو المذهب [9].

قلت: ولم أقف على حديث يتضمن الاحداد، إلا في المتوفى عنها كما سيأتي، والله أعلم .

ومنها: التعرض لداعي الرجعة، فيجوز للزوجة في عدة الرجعي، بل يندب لها أن تتهيأ بأحسن هيئة، وأن تقف في موضع يراها فيه على تلك الهيئة، لعل ذلك يدعوه إلى مراجعتها، لكن الزوج لا يجوز له النظر إذا كان مضرباً عن مراجعتها، ويجب عليه أنْ يؤذنها عند دخوله لتستتر عنه بخلاف عدة البابن، فلا يجوز للزوجة فيها التعرض والانتقال إلى عدة الوفاة لذلك بحال هـــ.

ومنهـــا: فإذا مات زوجها في عدة الطلاق الرجعي، وجب عليها أن تنتقل إلى عدة الوفاة ولا تبنى على ما قد مضى من عدة الطلاق، بل تستكمل عدة الوفاة من يوم موته،

---

1 - في (أ،ب) (المؤيد بالله ومالك) .
2 - شرح الأزهار (٢ / ٤٦٧، ٤٧٥) .
3 - إعانة الطالبين - (٤ / ٥٠).
4 - الزيادة من (أ) ورمز في (ب) .
5- أخرجه النسائي في السنن الكبرى- كتاب الطلاق - باب الرخصة للحادة أن تمتشط بالسدر رقم ٥٧٣١ (ج٣/ص٣٩٦) وأبو داود في سننه - كِتَاب الطَّلَاقِ تَفْرِيعِ أَبْوَابِ الطَّلَاقِ - بَاب فِيمَا تَجْتَنِبُهُ الْمُعْتَدَّةُ في عِدَّتِهَا رقم ٢٣٠٥ (ج٢/ص٢٩٢)، كلاهما بلفظ " ولا تَمْتَشِطِي بِالطِّيبِ ولا بِالْحِنَّاءِ فإنه خِضَابٌ "وضعفه الشيخ الألباني ينظر (صحيح وضعيف سنن النسائي - رقم ٣٥٣٧ (٨ / ١٠٩)، وأخرجه الطبراني في المعجم الكبير بلفظ "لا تطيبي وأنت محرمة ولا تمسي الحناء فإنه طيب) (٢٣ / ٤١٨)وذكر في (معرفة السنن والآثار للبيهقي - (٨ / ٨٨) بهذا اللفظ وقال "هذا إسناد ضعيف فيه ابن لهيعة غير محتج به وروينا عن عكرمة ، أن عائشة ، وأزواج النبي صلى الله عليه وسلم كن « يختضبن بالحناء ، وهن محرمات » . ذكره ابن المنذر وروينا عن عائشة ، أنها سئلت عن خضاب الحناء ، فقالت : كان خليلي صلى الله عليه وسلم « لا يحب ريحه » ، ومعلوم أنه كان يحب الطيب فيشبه أن يكون الحناء غير داخل في جملة الطيب والله أعلم.قلت: وقد بوب له باباً في" السنن الكبرى- باب الحناء ليس بطيب "(٥ / ٦١) .
6 - الزيادة من (أ) .
7 - الجامع في الشرح المعروف بشرح القاضي زيد على التحرير للقاضي زيد بن محمد الكلاري من أعلام القرن الخامس الهجري(مخطوط) .
8 - الزيادة من (ب،ج) .
9 -الغيث المدرار ج٢(خ) والبحر الزخار (٥ / ٣٦٦).

ولو مات في آخر عدة الطلاق قبل أن تغتسل، فإنه يلزمها الاستئناف إجماعاً إذ حكم الزوجية باق.

ذكره الإمام ح بخلاف عدة الباين، فإنها لا تنتقل منها إلى عدة الوفاة، بل تبني على ما قد مضى عند العترة وش وك ومحمد[١] إذ لم يمت وهي زوجته، وقد قال تعالى(وَيَذَرُونَ أَزْوَاجاً يَتَرَبَّصْنَ)[٢] [٣].

وقال ح: بل تنتقل إلى عدة الوفاة إذ هي معتدة[٤] عن طلاقٍ كالرجعية[٥].

قلنا: الرجعية زوجة فافترقا.

وعن داود وزفر: لا عدة عليها لوفاة إذ ليست زوجة، ولا لطلاق، إذ الموت قاطعٌ[٦].

قلنا: خلاف الإجماع إذ رفع القولين هـــ.

ومنها: أنه يجب عليها الاستئناف للعدة، حيث راجعها فيها باللفظ فقط، ثم طلقها فلا تبنى على ما قد مضى من العدة، قبل الرجعة على المذهب [٧]، وهو قول ح وأحد قولي ش لعموم قوله تعالى(وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ) [٨] [الآية] [٩] [١٠].

وعن ك وأحد قولي ش: تبنى كالباينة إذا عقد عليها، ثم طلقها قبل الدخول [١١].

قلنا: الرجعي ضعيف تبطله الرجعة، بخلاف الباين فإذا عقد على البائنة في عدتها ثم طلقها قبل الدخول، فإنه لا يلزمها الاستئناف بل تبني على ما قد مضى من العدة قبل العقد الجديد، وعن داود[١٢/] وزفر: لا عدة عليها كالمطلقة قبل الدخول.

قلنا: يؤدي إلى اختلاط الأمواء ومخالفة مقصود الشرع هـــ[١٣].

---

1 - هو أبو عبد الله محمد بن الحسن الشيباني وقد تقدمت ترجمته.
2 - البقرة:٢٣٤.
3 - شرح الأزهار(٢ / ٤٦٨) و إعانة الطالبين (٤ / ٥٠)و المدونة (٤ / ٤٤٢)و بدائع الصنائع - (٣ / ٢٠١).
4 - في (أ) مقدرة .
5 - الفتاوى الهندية - (١ / ٥٣٠).
6 - شرح الأزهار - (٢ / ٤٦٩).
7 - شرح الأزهار - (٢ / ٤٦٨).
8 - البقرة:٢٢٨.
9 - الزيادة من (ج) .
10 - أسنى المطالب في شرح روض الطالب - (٣ / ٣٩٩) .
11 - منح الجليل شرح مختصر خليل - (٩ / ١٧٤). و التنبيه في الفقه الشافعي - (١ / ٢١٠).
12 - نهاية ورقة ١١٣ من (أ) .
13 - البحر الزخار (٢١٥،٢١٨/٤) والجوهرة النيرة - (٤ / ٣١٣)و المنتزع المختار من الغيث المدرار المعروف بشرح الأزهار - (١١ / ١٨٢) .

ومنها وجوب السكنى للمطلقة رجعياً في عدتها إجماعا، لقوله تعالى (لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِن بُيُوتِهِنَّ)[1] الآية [2].

قال في البحر: "ولا تخرج من موضعها[3]يوم الطلاق، إن كان للزوج ولو عارية، لقوله تعالى: { ولَا يَخْرُجْنَ }[4] وقوله تعالى (إِلَّا أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ)[5] أراد إخراجها للحد إذ [6] الفاحشة إيذاء الزوج [وأهله بالكلام] [7]، فيسوغ إخراجها لذلك[8].

قال: فليس[9] للزوج الوقوف في موضع وقوفها بل في منزل آخر، ولو في دار واحدة [لكن لا يخلو بها لتحريم ذلك، وقيل: لا يجتمعان في دار واحدة] [10] إذ لا [يأمن][11] ذلك في أي أزقتها وطرقها، فإن كان معها محرم مميز لم يحرم ولا يبع موضع سكناها إلا أن يستثنيها، فإن طلقها وهي في مسكن [ملك] [12] لها لم يخرج في الأصح [من الاحتمالين][13] للآية، ولها الأجرة وهي أحق من الغرماء بسكنى الدار إن أفلس الزوج [14].

وأما البائنة[15] فلا يجب لها السكنى، عند الهادي وم بالله لقوله تعالى(مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم)[16] فأوجب أن يكون السكنى حيث الزوج وذلك لا يكون في البائنة [17]، وعن الناصر والإمام ح وح وغيرهم، [بل] [18] يجب لها السكنى، والنفقة كالرجعية [19] [20].

قلنا: أما النفقة فنعم، لعموم قوله تعالى (وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ)[21]الآية .

---

1 - الطلاق:١.
2 - البحر الزخار (٢١٥/٤).
3 - في المخطوط " منزلها ".
4 - الطلاق:١.
5 - الطلاق:١.
6 - في المخطوط " أو ".
7 - زيادة في المخطوط وليست في البحر.
8 - البحر الزخار (٢١٤/٤) .
9 - في (أ،ج) وليس .
10 - سقط من (ج) .
11 - سقط من (ب) .
12 - سقط من (أ) .
13 - الزيادة من (أ،ج) .
14 - البحر الزخار (٢١٤/٤) .
15 - في (ب) الثانية .
16 - الطلاق:٦.
17 - شرح الأزهار - (٢ / ٤٦٨) .
18 - الزيادة من (أ) .
19 - في (ب) الرجعة .
20 -الاختيار لتعليل المختار - (٤ / ٨) .
21 - البقرة:٢٤١.

وأما السكنى فلا لما مر.

وعن القاسم[1] وجماعة من التابعين والفقهاء لا نفقة للباينة ولا سكنى، لحديث فاطمة بنت قيس [2].

قلنا: رده عمر ولم يخالف.

وعن ش وك والليث: لها السكنى فقط، لقوله تعالى { ولَا تُخْرِجُوهُنَّ }[3] لا النفقة لخبر فاطمة بنت قيس [4]. لنا ما تقدم .

قلت: وحديث فاطمة بنت قيس أخرجه مسلم وغيره بروايات كثيرة، وحاصلها أنّ زوجها طلقها طلاقاً بايناً، فسألت النبي صلى الله عليه وآله عما يجب لها، فقال لا نفقة لك ولا سكنى"[5]، ولما روت هذا الحديث قال عمر بن الخطاب [رضي الله عنه] [6]: لا نترك كتاب الله وسنة نبينا لقول امرأة، لا ندري لعلها حفظت أو نسيت لها السكنى والنفقة هـ[7].

ومنها: تحريم الأخت والخامسة، فمن طلق زوجته طلاقاً رجعياً لم يجز له أن يتزوج أختها حتى تنقضي عدتها، وإن كانت واحدة من أربع لم يكن له أن يتزوج رابعة غيرها، إذ تصير خامسة ما لم تنقض عدتها، إذ زوجيّتها باقية كما تقدم بخلاف البائنة، فيجوز له نكاح أختها، والرابعة غيرها، وإن لم تنقض عدتها إذ [هي] [8] صارت أجنبية، هذا **مذهبنا** وهو قول ك وش [9].

وقال ح: لا يجوز ذلك كما في الرجعية [10]، وقد روي [11] مثله عن زيد بن علي والناصر والله أعلم.

---

1 - نهاية ورقة ١٢٠ من (ب).

2- شرح الأزهار - (٢ / ٤٦٩)و بداية المجتهد - (٢ / ٧٦).

3 - الطلاق:١.

4 - بداية المجتهد - (٢ / ٧٦).

5 - أخرجه مسلم في صحيحه- كِتَاب الطَّلَاقِ - بَاب الْمُطَلَّقَةِ ثَلَاثًا لَا نَفَقَةَ لها- رقم١٤٨٠ (ج٢/ص١١١٤).

6 - الزيادة من (أ) .

7 - أخرجه مسلم في صحيحه- كِتَاب الطَّلَاقِ - بَاب الْمُطَلَّقَةِ ثَلَاثًا لَا نَفَقَةَ لها- رقم١٤٨٠ (ج٢/ص١١١٨).

8 - الزيادة من (أ،ب) .

9 - شرح الأزهار(٢ / ٤٦٨)و حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لمحمد بن عرفة الدسوقي المتوفى سنة ١٢٣٠هـ -دار الفكر - بيروت، تحقيق: محمد عليش (٨ / ٢٩).و المجموع - (١٦ / ١٥٣).

10 - الاختيار لتعليل المختار - (٣ / ٩٩).

11 - في (ب) ورد.

وقوله "غالباً" قال في الشرح: احتراز من صور بعضها من المنطوق، وبعضها من المفهوم، أما التي من المنطوق فهو[1] وطء المطلقة رجعيًّا، واللمس والتقبيل والنظر والقسمة في[2] ذلك حيث لم ينو الرجعة، فإنه لا يجوز ويحترز من الخروج، فإنه لا يجوز لها مطلقاً سواء أذن لها الزوج أم لا .

وهذا اختيار من المؤلف عليلم [أعني] [3] أنّ عدة الرجعي والباين في ذلك سواء، وهو الذي في البحر والتذكرة، وسائر كتب أهل المذهب [4].

ولم يفرق بينهما إلا الإمام المهدي عليلم [في الأزهار] [5] والغيث فقط،[6] فجعل لها في عدة الرجعي الخروج بإذنه، ولم يسمع ذلك من غيره، ولذلك أنّ المؤلف عليلم جعله من صور غالباً .

وأما الذي من المفهوم فهو النفقة، فإنها تجب في جميع العدد إلا المعتدة عن فسخ لأمر يقتضي النشوز من ذنب أوعيب فلا نفقة لها، وإلا المعتدة عن خلوة فلا نفقة لها أيضاً، ويحترز [أيضاً] [7]ممن ارتد زوجها فإنها ترثه إذا مات أو لحق في العدة، أي عدة الفسخ ، وإنما عدل عن عبارة الأزهار للاختصار، إذ قد دخلت جميع أحكام الرجعي في عبارة الأثمار.

وأما أحكام عدة [الطلاق][8] الباين والفسخ والموت، فقد عرف حكمها من المفهوم، لأن مفهوم قوله ويثبت في عدة الرجعي فقط الرجعة، وأحكام النكاح يفهم منه أنّ غيرها لا يثبت فيه شيء من ذلك، وإنما زاد [المؤلف عليلم][9]لفظة فقط مع أنه قد فهم ذلك من دونها لما مرّ، وللتصريح برجوع غالباً إليهما انتهى بلفظه .

قوله عليلم: "**الثاني وَفَاة َبِأَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ وَعَشْرٍ مع الوضع في الْحَامِل**" أي الثاني من أضرب العدة الثلاثة: عدة الوفاة وهي تكون بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام، وسواء كانت

---

1 - **في (أ) فهي.**

2 - **في (أ،ج) و.**

3 - **الزيادة من (ب) .**

4 - **الجامع في الشرح (خ).و البحر الزخار (٢١٩/٤). والتذكرة (ص٢٩٦).**

5 - **سقط من (ج) .**

6 - **شرح الأزهار - (٢ / ٤٦٧).والغيث المدرار ج٢(خ).**

7 - **الزيادة من (أ).**

8 - **الزيادة من (ب).**

9 - **الزيادة من (أ).**

الزوجة مدخولة أم لا[1] وسواء كانا كبيرين أم طفلين أم مختلفين، وإن كانت حاملاً اعتبر مع الأربعة الأشهر والعشر، وضع [جميع] [2] الحمل كما تقدم.

فإن وضعت قبل مضي الأربعة الأشهر والعشر، بقيت في العدة حتى تمضي، وإن مضت قبل أن تضع بقيت في العدة حتى تضع، هذا هو المذهب [3].

والأصل في ذلك قوله تعالى: **(**وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجاً يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْراً **)**[4] مع قوله تعالى: **(** وَأُوْلَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ **)**[5] فاعتبرنا بآخر الأجلين جمعاً بين الآيتين.

وذهب ك إلى أن الْحَائِل [6] لا بد لها من ثلاث حيض في الأربعة الأشهر ليتيقن براءة الرحم [7]، وقال الأوزاعي: عدتها أربعة أشهر وعشر ليال لا أيام للتأنيث [8].

قلنا: قد يعبر بالليالي عن الأيام كما ورد في قصة زكريا عليلم.

وذهب ح وصاحباه وش إلى أن عدة الحامل بالوضع فقط، ولا عبرة بالأشهر، لقوله تعالى: **(** أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ **)**[9] ولم يفصل [10].

ولحديث سُبيعة بضم السين المهملة مصغراً وقد أخرجه الستة بروايات عدة[11]، وحاصلها أنّ سُبيعة الأسلمية[12] ولدت بعد وفاة زوجها[13].

---

1 - في (أ) "غير مدخولة" بدل " لا.
2 - سقط من (ب).
3 - شرح الأزهار - (٢ / ٤٧٠) بنحوه .
4 - البقرة: ٢٣٤.
5 - الطلاق: ٤.
6 - في النسخ الحايل، والحائل هي التي قد حمل عليها فلم تلقح (لسان العرب ج٧/ص٤) فالمراد بالحائل المرأةُ غَيْر الْحَامِلِ.
7 - المدونة - (٤ / ٤٣٠).
8 - البحر الرائق - (٤ / ١٤٣).
9 - الطلاق: ٤.
10 - تبيين الحقائق (ج٣/ص٢٨)و الأم (ج٥/ ٢٢٠).
11 - أخرجه البخاري في صحيحه -كِتَاب الْمَغَازِي- بَاب فَضْلُ من شَهِدَ بَدْرًا- رقم٣٧٧٠ (ج٤/ص١٤٦٦). و مسلم في صحيحه -كِتَاب الطَّلَاقِ - باب انْقِضَاء عِدَّة الْمُتَوَفَّى عنها زَوْجُهَا وَغَيْرِهَا بِوَضْعِ الْحَمْلِ- رقم ١٤٨٤ (ج٢/ص١١٢٢). و أبو داود في سننه- كِتَاب الطَّلَاقِ - بَاب فِي عِدَّةِ الْحَامِلِ رقم ٢٣٠٦ (ج٢/ص٢٩٣).و ابن ماجه في سننه-كِتَاب الطَّلَاقِ - بَاب الْحَامِلِ الْمُتَوَفَّى عنها زَوْجُهَا إذا وَضَعَتْ حَلَّتْ لِلْأَزْوَاجِ رقم ٢٠٢٧ (ج١/ص٦٥٣). و النسائي في السنن الكبرى -كتاب الطلاق - باب عدة الحامل المتوفى عنها زوجها - رقم ٥٧٠٢(ج٣/ص٣٨٥). و =الترمذي في سننه-كِتَاب الطَّلَاقِ وَاللِّعَانِ -باب ما جاء في الْحَامِلِ الْمُتَوَفَّى عنها زَوْجُهَا تَضَعُ -رقم١١٩٣ (ج٣/ص٤٩٨).
12 - هي سبيعة بنت الحارث الأسلمية زوج سعد ابن خولة لها صحبة وحديث في عدة المتوفى عنها زوجها ويقال إنها هي سبيعة التي روى عنها ابن عمر حديثا في فضل المدينة. تقريب التهذيب - (٢ / ٧٤٨).
13 - هو سعد بن خولة زوج سبيعة الأسلمية توفى في حياة رسول الله صلى الله عليه و سلم في حجة الوداع وكان ممن شهد بدرا وهو مولى حاطب بن عمرو بن عبد شمس بن عبد ود. الثقات لابن حبان - (٣ / ١٥١)

قال في إحدى الروايات بنصف شهر فجاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وآله فقال:" قد حللت فانكحي من شئت" [١].

قال الإمام في البحر:" إن تأخر الخبر عن آية الأشهر فقوي، وإلا فهي أقوى [للجمع][٢].

وعن ك وهو تخريج ع أن العبرة بالأشهر في الحائل والحامل، لكن لا تزوج حتى تضع للآية.

قلنا: العمل بهما جميعاً [أقوى] [٣]هكذا في البحر [٤].

فـــــرع: قال في الغيث: والمتوفى عنها لا تستحق سكنى و تستحق النفقة، وهو قول الهادي عليلم والقاسم والناصر [٥] [٦/].

وقال ك وش في القديم: لها النفقة والسكنى [٧].

وقال زيد بن علي وم بالله وح وش في الأخير: لا نفقة لها ولا سكنى [٨].

الحجة لنا ما رواه القاسم عليلم يرفعه إلى علي عليلم أنه قال تعتد المتوفى عنها زوجها حيث شاءت من بيتها، أو بيت زوجها"[٩] وعنه أنه نقل ابنته أم كلثوم[١٠]، لما قتل زوجها

---

1 - أخرجه النسائي في السنن الكبرى-كتاب الطلاق- باب عدة الحامل المتوفى عنها زوجها رقم ٥٧٠٢. (ج٣/ص٣٨٥). وصححه الشيخ الألباني . ينظر صحيح وضعيف سنن النسائي للألباني - (٨ / ٨١).

2 - الزيادة من (ب).

3 - سقط من (ب).

4 - البحر الزخار(٢٢٢/٤).

5 - الغيث المدرار ج٢(خ).

6 - نهاية ورقة ١١٤ من (أ) .

7 - حاشية الجمل على المنهج لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري - (٩ / ٢٧٠)، والصحيح من مذهب مالك أن لَا نَفَقَةَ لَهَا فِي مَالِ الْمَيِّتِ ، وَلَهَا السُّكْنَى إنْ كَانَتْ الدَّارُ لِلْمَيِّتِ ، وَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ وَالدَّارُ دَارُ الْمَيِّتِ كَانَتْ أَحَقَّ بِالسُّكْنَى مِنْ الْغُرَمَاءِ وَتُبَاعُ لِلْغُرَمَاءِ وَتَشْتَرِطُ السُّكْنَى عَلَى الْمُشْتَرِي ، وَإِنْ كَانَتْ دَارًا بِكِرَاءٍ فَنَقَدَ الزَّوْجُ الْكِرَاءَ فَهِيَ أَحَقُّ بِالسُّكْنَى ، وَإِنْ كَانَ لَمْ يَنْقُدْ الْكِرَاءَ وَإِنْ كَانَ مُوسِرًا فَلَا سُكْنَى لَهَا فِي مَالِ الْمَيِّتِ إذَا كَانَتْ فِي دَارٍ بِكِرَاءٍ عَلَى حَالٍ إلَّا أَنْ يَكُونَ الزَّوْجُ قَدْ نَقَدَ الْكِرَاءَ .. (المدونة - (٥ / ١٣) بتصرف.

8 - المبسوط (٤ / ٩٧). وحاشية الجمل على المنهج لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري (٩ / ٢٧٠). وشرح الأزهار - (٢ / ٤٧٠).

9 - أصول الأحكام في الحلال والحرام (١ / ٥١٨).و شفاء الأوام - (٢ / ٢٩٦) وفي سنده ضعف ينظر (بيان الوهم والإيهام في كتاب الأحكام للحافظ ابن القطان الفاسي أبي الحسن علي بن محمد بن عبد الملك، دار طيبة - الرياض - ١٤١٨هـ- ١٩٩٧م، الطبعة: الأولى، تحقيق: د. الحسين آيت سعيد(ج٥/ص٧٦٨).

10 - أم كلثوم بنت علي بن أبي طالب ولدت في حياة جدها رسول الله صلى الله عليه وسلم وتزوجها عمر فأصدقها أربعين ألفا . المقتنى في سرد الكنى -للذهبي - ط١ -١٤٠٨هـ الجامعة الإسلامية بالمدينة. المدينة المنورة/ السعودية. تحقيق: محمد صالح عبد العزيز المراد (٢ / ١٧١).

عمر رضي الله عنه، ووجهه أنّ الله تعالى قال (يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْراً)[١] ولم يخص مكاناً دون آخر[٢].

واحتج ح وموَافِقُوه[٣]بقوله تعالى:(غَيْرَ إِخْرَاجٍ)[٤]، وبما روي عن فريعة بنت مالك[٥] أخت أبي سعيد الخدري أنّ زوجها كان في طلب أعبدٍ له، فقتل فأتت النبي صلى الله عليه وآله فقالت يا رسول الله إني في دارٍ وحشة أفأنتقل إلى أهلي فأذن لها، فلما خرجت إلى الحجرة أو المسجد دعاها فقال اعتدي في البيت الذي أتاك فيه نعيه، حتى يبلغ الكتاب أجله أربعة أشهر وعشرا فاعتدت فيه [٦] [٧].

قلنا: الخبر يدل على صحة قولنا لأن النبي صلى الله عليه وآله لم يكن ليأذن لها في محظور، وأمّا قوله اعتدي في البيت الذي أتاك فيه نعيه، فعلى جهة المشورة [٨]، فإن قيل الإذن منسوخ بالأمر الثاني **قلت**: نسخ الشيء قبل إمكان فعله لا يصح، انتهى [٩].

تنبيـــــهٌ: أما حديث نقل علي عليلم ابنته فحكاه في أصول الأحكام وغيره [١٠]، ونسبه في التلخيص إلى ش،والبيهقي وغيرهما بنحوه [١].

---

1 - البقرة: ٢٣٤.

2 - أصول الأحكام في الحلال والحرام (١ / ٥١٨). وشرح التجريد في فقه الزيدية (٣ / ٣١٠).

3 - هذا التشكيل ثابت بخط المص~ قدس الله روحه ، ووجهه ظاهر على قوله، واحتج أبو حنيفة وموافقوه إلى آخر ذلك لأنّ الاحتجاج المذكور إنما يصلح لمذهب مالك والقديم من قولي الشافعي لأنهما القائلان بوجوب السكنى، ولعل الغلط في نسخة الغيث التي نقل الوالد منها قدس الله روحه وأراد أن ينبه عليه رحمه الله تعالى هـ. (تعليق في الحاشية من النسخة (ب).قلت وهو صحيح حيث الثابت من مذهب أبي حنيفة أن المتوفى عنها لا نفقة لها ولا سكنى.

4 - البقرة: ٢٤٠.

5 - هي فُرَيْعَةُ بنت مَالك بن سنَان أُخت أبي سَعيد الخُدْرِيّ تقدم نسبها عند ذكر أخيها ويقال لها الفارعة أيضاً ،شهدت بيعة الرضوان وأُمها حبيبة بنت عبد الله بن أبي بن سلول. أسد الغابة (ج٧/ص٢٥٤).

6- أخرجه الترمذي في السنن-كِتَاب الطَّلَاقِ وَاللِّعَانِ -باب ما جاء في عدَّةِ الْمُتَوَفَّى عنها زَوْجُهَا -رقم ١١٩٧، وقال: حَدِيثُ زَيْنَبَ حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ وَالْعَمَلُ على هذا عِنْدَ أَصْحَابِ النبي صلى الله عليه وسلم وَغَيْرِهِمْ أَنَّ الْمُتَوَفَّى عنها زَوْجُهَا تَتَّقِي في عِدَّتِهَا الطِّيبَ وَالزِّينَةَ وهو قَوْلُ سُفْيَانَ الثَّوْرِيِّ وَمَالِكِ بن أَنَسٍ وَالشَّافِعِيِّ وَأَحْمَدَ وإسحاق(ج٣/ص٥٠١). وأخرجه أبو داود في سننه-كِتَاب الطَّلَاقِ- باب في الْمُتَوَفَّى عَنْهَا تَنْتَقِلُ- رقم٢٣٠٢(ج٢ / ٢٥٩) والحاكم في المستدرك على الصحيحين- رقم ٢٨٣٣- وقال: هذا حديث صحيح الإسناد من الوجهين جميعا ولم يخرجاه (ج٢/ص٢٢٦) ورواه مالك بن أنس في الموطأ - كتاب الطلاق - بَاب مَقَامِ الْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا فِي بَيْتِهَا حَتَّى تَحِلَّ رقم٢١٩٣ عن سعد بن إسحاق بن كعب بن عجرة قال محمد بن يحيى الذهلي هذا حديث صحيح محفوظ وهما اثنان سعد بن إسحاق كعب وهو أشهرهما وإسحاق بن سعد بن كعب وقد روى عنهما جميعا يحيى بن سعيد الأنصاري فقد ارتفعت عنهما جميعا الجهالة. (ج٤ / ٨٥١) و ضعفه الألباني في الإرواء (٧ / ٢٠٦). ثم صححه ينظر (صحيح وضعيف سنن الترمذي (٣ / ١٩٧) وصحيح وضعيف سنن النسائي(٨ / ١٠٤).

7 - العناية شرح الهداية - (٦ / ١٤٥).و الانتصار على علماء الأمصار (١ / ٢٢٥) وشرح التجريد في فقه الزيدية (٣ / ٣١٠).

8 - أصول الأحكام في الحلال والحرام - (١ / ٥١٩).

9 - الغيث المدرار ج٢ (خ).

10 - أصول الأحكام في الحلال والحرام (١ / ٥١٨). و شرح التجريد (٣ / ٣١٠).

وأما حديث فريعة فرواه الموطأ وأبو داود والترمذي

والنسائي بنحوه [٢]، وفُريعة بضم الفاء وفتح الراء المهملة ثم ياء مثناة من تحت ثم عين مهملة .

وقوى في البحر قول أبي[٣][٤/]حنيفة، ومن معه لحديث فريعة المذكور.

نعـــم وليس في حديث فريعة أنها في دارٍ وحشة، وإنما قالت في بعض الروايات " فَإِنَّ زَوْجِي لَمْ يَتْرُكْنِي فِي مَنْزِلٍ يَمْلِكُهُ وَلا نَفَقَةَ "[٥] والله أعلم .

قلت: والأظهر في الاحتجاج لوجوب نفقة المتوفى عنها قوله تعالى:**(** مَّتَاعاً إِلى الْحَوْلِ **)** [٦] ونسخ المدة لا يقتضي نسخ النفقة وإذ هي محبوسة من أجله.

والدليل على عدم وجوب السكنى لها، عدم ذكرها مع العدة في الآية، وأما ما ذكره في الغيث فإنما هو دليل على جواز خروجها من موضع عدتها، هذا مقتضى ما في البحر وغيره والله أعلم [٧].

وحكى في البحر عن علي عليلم وابن مسعود وغيرهما، أن المتوفى عنها تستحق النفقة، إذا كانت حاملاً لا حائلاً لقوله تعالى: " **(** وَإِن كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ **)**[٨]الآية.

قلنا: العلة تعمهما وهي حبسهما عن الأزواج [٩].

قوله عليلم " **وَمَتَى الْتَبَسَتْ بِمُطَلَّقَةٍ بَائِنًا مَدْخُولَتَيْنِ فَلَا بُدَّ لِذَاتِ الْحَيْضِ مِنْ ثَلَاثٍ مَعَهَا مِنْ الطَّلَاقِ**" يعني أن الزوج إذا كان له امرأتان، وقد دخل بهما ثم طلق إحداهما طلاقاً

---

1 - أخرجه البيهقي في السنن الكبرى - كتاب العدد - باب من قال لا سكنى للمتوفى عنها زوجها -رقم ١٥٢٨٥(ج٧/ص٤٣٦). وابن أبي شيبة في المصنف – باب من رخص للمتوفى عنها زوجها أن تخرج رقم١٨٨٧٤ (ج٤ / ١٥٦). والأم للشافعي (٧ / ١٨٢) وإسناده صحيح .ينظر خلاصة البدر المنير (ج٢/ص٢٤٧).

2 - تقدم تخريجه آنفاً .

3 - كررت مرتين في النسخة (ب).

4 - نهاية ورقة ١٢١ من (ب).

5 - أخرجه ابن حبان(محمد بن حبان التميمي البستي) في صحيحه بترتيب ابن بلبان- كتاب الطلاق- باب العدة رقم٤٢٩٢ - ط١٤١٤/٢ – ١٩٩٣ تحقيق : شعيب الأرنؤوط - مؤسسة الرسالة – بيروت(١٠ / ١٢٨) والحديث صحيح كما قال الألباني .ينظر صحيح وضعيف سنن أبي داود - رقم(٢٣٠٠).

6 - البقرة: ٢٤٠.

7 - الغيث المدرار ج٢(خ) .

8 -الطلاق:٦.

9 - البحر الزخار (٢٢٣/٤) .

بايناً ومات، فالتبست المطلقة بالأخرى، فإنه يجب عليه على كل واحدة منهما أن تعتد أربعة [أشهر] [١] وعشرا فيها ثلاث حيض من يوم طلقها فإن انقضت الثلاث الحيض قبل مضي الأشهر كملت الأشهر ، وإن انقضت الأشهر قبل تمام ثلاث حيض، تربصت إلى تمامها لتتيقن كل واحدة منهما انقضاء عدتها وذلك واضح .

قوله عليلم: " **وَلَهُمَا بَعْدَ مُضِيِّ أَقْصَرِ الْعِدَّتَيْنِ نَفَقَةٌ وَاحِدَةٌ** " يعني أن كل واحدة منهما تستحق في أقصر العدتين نفقة كاملة، لأنه يعلم أن كل واحدة منهما باقية في عدتها، ونفقة المعتدة واجبة، وأما بعد مضى أقصر العدتين، فلا تستحقان إلا نفقة واحدة يقسم بينهما نصفين، لأنه يعلم أنّ إحداهما قد انقضت عدتها بيقين، أما المتوفى عنها أو المطلقة، ولم يعلم أيّهما الباقية عدتها فقسمت نفقتها[٢] بينهما نصفين.

قوله عليلم: " **كَغَيْرِ الْمَدْخُولَتَيْنِ فِي الْكُلِّ** " أي كما لو كانت الزوجتان غير مدخولتين، والتبست المطلقة منهما بالمتوفى عنها، فإنهما لا تستحقان إلا نفقة معتدةٍ واحدة [فقط][٣] متوفى عنها في جميع عدة الوفاة والوجه في ذلك ظاهر، وهو أنه يعلم أنّ المطلقة منهما لا تستحق نفقة أصلاً، وإنما تستحقها المتوفى عنها، وهي غير متعينة[٤] فقسمت نفقتها بينهما [نصفين][٥].

قوله عليلم: " **فَإِنْ اخْتَلَفَا [فَقِسْ]** [٦] " أي فإن كانت إحداهما مدخولة والأخرى غير مدخولة، والتبست المطلقة بالمتوفى عنها فقس على ما تقدم، ومقتضى ذلك أن تعتد المدخولة بأربعة أشهر وعشر فيها ثلاث حيض، ولها نفقة كاملة في أقصر العدتين، ونصف نفقة في طولاهما .

وأمَّا غير المدخولة منهما فتعتد أربعة أشهر وعشرا، ولا يعتبر فيها الحيض إذ لا عدة عليها لو قدرت هي المطلقة، إذ لا عدة على المطلقة غير المدخول بها، وإنما تستحق في عدة الوفاة هذه نصف نفقة إذ تستحق النفقة فيها في حال، وتسقط في حال فإن التبست المدخول بها منهما فلكل واحدةٍ منهما، في أقصر العدتين ثلاثة أرباع نفقة، ولتمام العدة

---

1 - سقط من (أ) .
2 - في (أ) نفقتهما .
3 - الزيادة من (أ) .
4 - في (أ) معينة .
5 - الزيادة من (أ) .
6 - سقط من (ج).

الثانية نصف نفقة، والظاهر أنه يلزم كل واحدة منهما أن تعتد بأربعة أشهر وعشر، فيها ثلاث حيض [١].

قوله عليلم: " **الثالث: فَسْخ مِنْ حِينِهِ وهو كالْبايِن**" أي كالضرب[٢] الثالث من أضرب العدة، عدة الفسخ من حينه كفسخ الصغيرة التي زوجها غير أبيها، وكفسخ اللعان وبالعيب الحادث بعد الدخول وباختلاف الملة، وبالرضاع الحادث بعد النكاح[و][٣] بتجدد الرق وكفسخ المعتقة ونحو ذلك، فإن هذه الفسوخ حكم العدة منها[٤] حكم عدة الطلاق الباين في جميع ما تقدم، وحذف قوله في الأزهار غالباً لأنه قد فهم ما احترز به عنه من قوله فيما تقدم[٥].

وتثبت في عدة الرجعي الرجعة وأحكام النكاح غالباً، وإنما جعلت هذه الفسوخ كالطلاق الباين لاتفاقهما في كون كلٍ منهما رفعاً للنكاح من وقته، بخلاف ما [إذا انفسخ النكاح من أصله] [٦].

تنبيـــــهٌ: قد عرف[٧] من قول المؤلف عليلم فيما تقدم العبد كالحر في النكاح وتوابعه، أنه يصح أن يتزوج [العبد] [٨] أربعاً حراير كالحر وأنه يملك من الطلاق ثلاثاً، سواءً كانت زوجته أمةً أم حرةً وأنّ العدة منه كالعدة من الحر كذلك، وهذا هو المذهب لظاهر عموم الأدلة[٩].

وذهب الناصر وح وش، ومثله عن زيد بن علي وغيره إلى أنّ العبد لا يصح أن يتزوج زائداً على اثنتين لرواية ذلك عن الصحابة [١٠].

قال في التلخيص: حَدِيثُ الْحَكَمُ بن عُتَيْبَةَ[١]، أَجْمَعَ الصَّحَابَةُ على أن لا يَنْكِحُ الْعَبْدُ أَكْثَرَ من اثْنَتَيْنِ ابن أبي شَيْبَةَ وَالْبَيْهَقِيُّ من طَرِيقِهِ[٢] وَرَوَى [الشَّافِعِيُّ عن عُمَرَ] [٣] قال:" يَنْكِحُ الْعَبْدُ امْرَأَتَيْنِ" وَرَوَاهُ عن عَلِيٍّ [عليلم] [٤] [٥]، وَعَبْدِ الرحمن بن عَوْفٍ.

---

1 - قلت: الأصل التقيد بظاهر الآية التي حددت عدة المتوفى عنها زوجها بأربعة أشهر وعشرا سواء جاءها الحيض أم لا .
2 - في (أ، ج) الضرب.
3 - الزيادة من (أ،ج).
4 - في (ج)فيها.
5 - الأزهار - (١ / ٧٩).
6 - في (ب) [إذ لا يفسخ النكاح هـ] بدل ما بين المعقوفتين.
7 - في (ب) عرفت .
8 - الزيادة من (ب،ج) .
9 - شرح الأزهار - (٢ / ٣٣٢).
10 - شرح الأزهار - (٢ / ٣٢٧)والاختيار لتعليل المختار (٣ / ٩٨)و إعانة الطالبين - (٣ / ٣٤٢).

قال[6] ش: وَلَا يُعْرَفُ لهم من الصَّحَابَةِ مُخَالِفُ، وَأَخْرَجَهُ بن أبي شَيْبَةَ عن عَطَاءٍ

وَالشَّعْبِيِّ[7] وَالْحَسَنِ وَغَيْرِهِمْ انتهى [8].

قال في البحر: لنا عموم قوله تعالى (مَثْنَى وَثُلاَثَ وَرُبَاعَ)[9]وكالحر لاستوائهما في شروط النكاح.

الإمام ح يحمل كلام علي وعمر على أن السيد قصره.

قلت: أو على كراهة الزيادة على اثنتين لصعوبة العدل عليه،إذ هو مملوك المنافع انتهى[10].

ولا أحفظ خلافاً في صحة نكاح العبد للحرة إذا رضيت ووليها، وربما يفهم من قوله في الأزهار " وَلَوْ أَرْبَعًا حَرَائِرَ" [11] الإشارة إلى خلاف في ذلك والله أعلم هـ.

فـــــرع: وعندنا وهو قول الأكثر أنه يصح إجبار السيد لعبده على عقد النكاح، وكذلك المدبر إذ لم يفصل قوله تعالى(وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ [وَإِمَائِكُمْ] [12])[13] بين رضاهم وعدمه [14].

---

1 - الحكم بن عتيبة _ مولى امرأة من كندة من بني عدي - تابعي صغير من فقهاء الكوفة مشهور، وصفه النسائي بالتدليس، وحكاه السلمي عن الدار قطني، من الثانية، مات سنة ١١٥هـ. قاله أبو نعيم . التاريخ الكبير - (٢ / ٣٣٢)و إتحاف ذوي الرسوخ لحماد بن محمد الأنصاري - رحمه الله (١ / ١٦).

2 - أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف - باب في المملوك ، كم يتزوج من النساء ؟(٣ / ٢٨٤). و البيهقي في السنن الكبرى رقم ١٣٦٧٥ - كتاب النكاح - باب نكاح العبد وطلاقه (٧ / ١٥٨). وينظر الحاوي الكبير للماوردي - (٩ / ٤٣٧).

3 - في (أ) [وروي عن ابن عمر] بدل ما بين المعقوفين والصحيح ما أثبته .

4 - الزيادة من (أ،ج) .

5 - نهاية ورقة ١١٥ من (أ) .

6 - في (أ) "وقال ".

7 - هو عامر بن شراحيل الشعبي سمع من ثمانية وأربعين من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وقيل خمسين ومائة ، من شعب همدان من أهل الكنية أبو عمر ، كان فقيها شاعرا ، مولود في سنة عشرين وقيل سنة إحدى وعشرين ومات سنة تسع ومائة وقيل سنة خمس ومائة (الثقات ٥/١٨٦) .

8 - التلخيص الحبير (ج٣/ص١٧٣) و الأم (٥ / ٤٤) .

9 - النساء:٣.

10 - البحر الزخار (٧ / ٥٩).

11 - الأزهار (١ / ٦٧).

12 - الزيادة من (أ).

13 - النور: ٣٢.

14 -البحر الزخار (٧ / ٦٤) .

وقال م بالله وش في الأظهر: لا يصح ذلك، كما لا يجبره على الوطء والقسم، وإذ لا فائدة في إجبار العبد [١].

قلنا[٢] : الوطء حق له والقسم لا يجب عليه، والفائدة اعفافه وسكون قلبه وولاء[٣] ولده في حال، ذكر معناه في البحر هـ[٤].

فــــــــرعٌ: وأمر طلاقه إليه فلا يصح أن يطلق عنه سيده

عند الأكثر[٥] لما رواه في الشفاء وغيره عن عكرمة أن رجلاً زوج عبداً له ثم خاصمه إلى النبي صلى الله عليه وآله [وسلم] [٦] فقال رسول الله صلى الله عليه وآله:" الطلاق لمن لزم[٧] بالساق" انتهى [٨].

ونسبه في التلخيص إلى ابن ماجة عن ابن عباس بلفظ " إنما الطلاق لمن أخذ بالساق"[٩/] قال: وفيه قصة، وفي إسناده ابن لهيعة هـ[١٠].

فــــــــرع: والمذهب أنّ العبد يملك من الطلاق ثلاثاً كالحر، وسواءً كانت زوجته حرة أم أمه، وأن تطليق الأمة ثلاث كالحرة وإن كان زوجها عبداً لعموم قوله تعالى (الطَّلاقُ مَرَّتَانِ) [١١]الآية [١٢].

وعن علي عليلم والناصر وح والثوري: بل يعتبر الطلاق بالنساء، فللحرة ثلاث ولو كان الزوج عبداً، وللأمة اثنتان وإن كان الزوج حراً، إذ هي محله من حيث هو فسخ للعقد، والعقد إنما يتناول المرأة لا الرجل [١٣].

قلنا: مسلم أنهن محله فما وجه اختلاف العدد ؟

---

1 - البحر الزخار (٧ / ٦٤) .
2 - في (أ) قلت.
3 - في(أ، ب،ج) وولاولده.
4 - البحر الزخار (٧ / ٦٤).
5 - شرح الأزهار (٢ / ٣٣٢).
6 - الزيادة من (ب) .
7 - لقد تفرد المصنف بهذه الكلمة فلم أعثر عليها في الشفاء، ولا في غيره من كتب الحديث..
8 - شفاء الأوام ، بلفظ "الطلاق لمن أخذ بالساق "(٢ / ٢٨٨).
9 - نهاية ورقة ١٢٢ من (ب).
10 - أخرجه ابن ماجه في سننه –كتاب الطلاق- بَاب طَلَاقِ الْعَبْدِ رقم ٢٠٨١ (ج١/ص٦٧٢). و التلخيص الحبير (ج٣/ص٢١٩). وحسنه الألباني في الإرواء (٧ / ١٠٨).
11 - البقرة: من الآية٢٢٩.
12 - شرح الأزهار (٢ / ٣٣٢).
13 - المرجع السابق. وبدائع الصنائع (١٥٤/٣). والمغني لابن قدامه (٥٣٤/١٠).

قلت: وجهه حديث عائشة أنّ رسول الله صلى الله عليه وآله قال " طلاق الأمة تطليقتان وعدتها حيضتان " أخرجه أبو داوُد والترمذي [1].

وعن ابن عباس وابن عمر وك وش وأحمد: بل يعتبر الطلاق بالرجال، فيملك الحر ثلاثاً ولو للأمة، والعبد اثنتين

ولو للحرة [2]، لقوله صلى الله عليه وآله "الطلاق بالرجال والعدة بالنساء".

قلت: وهذا الحديث نسبه في التلخيص إلى الدار قطني[3] والبيهقي[4] من حديث ابن مسعود موقوفاً إلى البيهقي عن[5] ابن عباس موقوفاً أيضاً[6] [7].

وعن ابن عمر أنه كان يقول" إِذَا طَلَّقَ الْعَبْدُ امْرَأَتَهُ اثنتين[8] حَرُمَتْ عليه حتى تَنْكِحُ زَوْجًا غَيْرَهُ حُرَّةً كانت أو[9] أَمَةً وَعِدَّةُ الْحُرَّةِ ثَلَاثُ حِيَضٍ وَعِدَّةُ الْأَمَةِ حَيْضَتَانِ "أخرجه الموطأ هكذا موقوفاً [10].

وعن سليمان بن يسار أنّ نفيعاً[11] مكاتباً لأم سلمة[12]، زوج النبي صلى الله عليه وآله أو عبداً كانت تحته امرأة حرة [13] فطلقها اثنتين ثم[14] أراد أن يراجعها فأمره أزواج

1- أخرجه أبو داود في سننه - كتاب الطلاق- باب في سنة طلاق العبد -رقم ٢١٨٩(ج٢/٤٤٣). والترمذي في سننه -كتاب الطلاق- باب ما جاء أن طلاق الأمة تطليقتان -رقم ١١٨٢(ج٣/٤٨٨). وابن ماجة في سننه -كتاب الطلاق- باب في طلاق الأمة وعدتها -رقم ٢٠٧٩(ج٢/٥٣١) كلهم من حديث عائشة وضعفوه . وأخرجه كذلك الدار قطني –(رقم ١٠٤) مرفوعا، وضعفه لأنه من رواية عطية العوفي ط:عالم الكتب–بيروت الطبعة الثالثة ١٩٩٣م(ج٤/٣٨).

قال ابن الأمير الصنعاني في سبل السلام (٢٧١)ط:المكتبة الحديثة بتعليق الشيخ محي الدين محمد بعيون.وهو ضعيف لأنه من حديث مظاهر بن مسلم. قال فيه أبو حاتم : منكر الحديث وقال ابن معين : لا يعرف وصححه الحاكم، ولكن خالفوه واتفقوا على ضعفه لما عرفته فلا يتم به الاستدلال.وكذا ضعفه الألباني في الإرواء(٧/١٤٨).

2 - ينظر الاستذكار لابن عبد البر (١٧/٢٨٩) وروضة الطالبين (٦/٦٦)والمقنع مع الشرح الكبير مع الإنصاف (٢٢/٣٠٧).و المغني لابن قدامه (١٠/٥٣٤).

3 - أخرجه الدار قطني في سننه - كتاب الطلاق - عن ابن عمر- رقم ١٠٦ (ج٤/ص٣٨) بنحوه .

4 -أخرجه البيهقي في السنن الكبرى- كتاب النكاح- باب ما جاء في عدد طلاق العبد- رقم ١٤٩٥٣(ج٧/ص٣٧٠).

5 - في (أ) وابن .

6 - أخرجه البيهقي في السنن الكبرى -كتاب النكاح - باب ما جاء في عدد طلاق العبد-رقم ١٤٩٥٥(ج٧/ص٣٧٠).

7 - التلخيص الحبير(ج٣/ص٢١٢).

8 - في الموطأ " تطليقتين" .

9 - في الموطأ " أو".

10- أخرجه مالك في الموطأ -باب ما جاء في طلاق العبد- رقم ١١٩٣ (ج٢/ص٥٧٤).

11- هو نفيع مولى أم سلمة القرشية زوج النبي صلى الله عليه وسلم يعد في أهل الحجاز ،سمع عثمان وزيد ابن ثابت روى عنه أبو سلمة بن عبد الرحمن (التاريخ الكبير ٨/١١٣) .

12 - أم سلمة : هي أم المؤمنين -رضي الله عنها- السيدة المحجبة الطاهرة، هند بنت أبي أمية بن المغيرة المخزومية، من المهاجرات الأول ،دخل بها النبي صلى الله عليه وسلم في سنة أربع من الهجرة وكانت من أجمل النساء وأشرفهن نسبا، لها أولاد صحابيون عمر وسلمة وزينب ولها جملة أحاديث، أبوها زاد الراكب أحد الأجواد قيل اسمه حذيفة، وقد وهم من سماها رمله تلك أم حبيبة ، وتوفيت سنة تسع وخمسين في ذي القعدة. فعاشت نحواً من تسعين سنة .(سير أعلام النبلاء ٢/٢٠١).

13 - في (ب) وطلقها .

14 - في (أ) فأراد .

النبي صلى الله عليه [وآله][1]أنّ يأتي عثمان فيسأله عن ذلك، فلقيه عند الدرج آخذاً بيد زيد بن ثابت فسألهما فابتدراه جميعاً، فقالا حرمت عليك حرمت عليك" أخرجه الموطأ، وأخرجه عن كل منهما من طريقين آخرين [2].

قلنا: أما حديث الطلاق بالرجال الخبر، ففيه ما تقدم مع احتماله أن المراد أنّ الطلاق إنما يقع من الرجل لا المرأة ولا عدة عليه بل عليها، وظاهر الآية أرجح من حديث عائشة للقطع بمتنها ومعارض بما رواه أبو داود والنسائي من رواية أبي الحسن مولى بَنِي نَوْفَلٍ[3]، قال قلت لابن عباس مَمْلُوكٍ كانت تَحْتَهُ مَمْلُوكَةٌ فَطَلَّقَهَا تَطْلِيقَتَيْنِ ثُمَّ عُتِقَا بَعْدَ ذلك هل يَصْلُحُ له أَنْ يَخْطُبَهَا ؟ قال نعم، بقيت له واحدة، قَضَى بِذَلِكَ رسول اللَّهِ صلى الله عليه وآله [وسلم][4][5].

وأما الآثار المروية عن الصحابة المذكورين فلعلها اجتهاد لهم[6]هـ.

نكتـــــة: قال الخطابي في معنى حديث ابن عباس المذكور لم يذهب إلى هذا أحد من العلماء فيما اعلم، وفي إسناده مقال ومذهب عامة الفقهاء أنّ المملوكة إذا كانت تحت مملوك فطلقها تطليقتين أنها لا تصلح له إلا بعد زوج انتهى[7].

وما جهله[8] الإنسان أكثر مما علمه و الله الموفق هـ[9].

---

1 - الزيادة من (أ) وفي (ب) صللم .

2 - أخرجه مالك في الموطأ –كتاب الطلاق-باب ما جاء في طلاق العبد- رقم ١١٩٠ (ج٢/ص٥٧٤) والحديث موقوف على عثمان رضي الله عنه. ينظر (نصب الراية ج٣/ص٢٢٥).

3 - هو أبو الحسن مولى عبد الله بن الحارث بن نوفل الهاشمي سمع بن عباس روى عنه عمر بن معتب، سئل أبو زرعة عنه فقال مدني ثقة . الجرح والتعديل (٩ / ٣٥٦).

4 - الزيادة من (ج) .

5 - أخرجه أبو داود في سننه –كتاب الطلاق-بَاب في سُنَّةِ طَلَاقِ الْعَبْدِ -رقم٢١٨٧ (ج٢/ص٢٥٧) بدون " بقيت له واحدة". و النسائي في السنن الكبرى-كتاب الطلاق - باب طلاق العبد – رقم ٥٦٢٠. (ج٣/ص٣٥٨) بنحوه .و ضعفه الشيخ الألباني ينظر(صحيح وضعيف سنن النسائي - (٧ / ٤٩٩).

6 - في (أ) ولهم .

7 - عون المعبود شرح سنن أبي داود لمحمد شمس الحق العظيم آبادي أبي الطيب - دار الكتب العلمية – بيروت ط٢ / ١٤١٥هـ (٦ / ١٨٢) .

8 - في (ب) جهل .

9 - قلت: الأظهر والله أعلم أن طلاق الرجل والمرأة ثلاث تطليقات، سواء كان حرا أو عبدا أو الزوجة حرة أو أمة، ولا فرق بينهما وذلك للأمور التالية :

١-عدم وجود دليل صريح صحيح من الكتاب أو السنة، بالتفريق والأصل في عدد الطلاق البقاء على الأصل بدون زيادة أو نقصان، وأما ما ورد من آثار عن الصحابة فقد ورد ما يناقضها، وليس قول بعض أولى من قول البعض الآخر.

٢-أن القياس الذي استدلت به المذاهب الأربعة غير منضبط بقياسه على الحد، وذلك أن حد العبد في السرقة، مثله كحد الحر لا فرق بينهما،وكذلك في الحرابة ،وصيامه في الكفارات مثله كمثل الحر فيستوجب كذلك في الطلاق .

٣-أن المقصود بنقصان الحد رخصة للعبد لمكان نقصه، وأن الفاحشة ليست تقبح منه قبحها من الحر، وأما نقصان الطلاق فهو من باب التغليظ، لأن وقوع التحريم على الإنسان بتطليقتين أغلظ من وقوعه بثلاث، لما عسى أن يقع في ذلك من الندم(ينظر بداية المجتهد (١٢٢/٣) بتصرف.

فـــــــرعٌ: وعدة الأمة كالحرة عندنا لعموم قوله تعالى **(**وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلاَثَةَ قُرُوَءٍ **)**[1] ونحوها،**(**وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجاً يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْراً **)**[2] ونحوها [3].

وقد تقدم حكاية الخلاف في المطلقة ذات الحيض، وأما الآيسة لصغرٍ أو كبرٍ فلعل المخالف، يقول عدتها شهران، كما قال ش في أحد أقواله في الأمة المتوفى عنها، عدتها شهران إذ عدتها قرءان [4].

وأما الحائل المتوفى عنها فعدتها عند[5] المخالفين شهران وخمسة أيام على أصلهم في التنصيف، إلا ما ذكر آنفاً عن ش.

وأما الحامل فلا خلاف أنها كالحرة في العدة، وكل على أصله في المتوفى عنها والله أعلم هــ.

---

1 - البقرة: ٢٢٨.

2 - البقرة: ٢٣٤.

3 - شرح التجريد في فقه الزيدية - (٣ / ١٨١) بنحوه .

4 - في (ج) " قرءآن حيضتان ".بمعنى قرءآن أو حيضتان .

5 - في (ب) كررت مرتين .

"فَصْــــــلٌ"

والعدة من حين الوقوع، هــب[1] غالباً ".

قد اختلف في عدة العاقلة الحائل، هل يكون ابتداؤها من حين يقع الطلاق أو الفسخ أو الموت، أو من حين يبلغها ذلك؟

فعن علي عليلم والحسن البصري وقتادة والهادي والناصر والمرتضى، وقرره المذاكرون للمذهب أنّ ابتداء عدتها يكون من وقت العلم بذلك لا من وقت وقوعه، وهو الذي في الأزهار [٢].

وأما الصغيرة والمجنونة والحامل فتكون عدتهن من وقت الوقوع [٣].

واحتجوا لذلك بقوله تعالى**(**وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلاَثَةَ قُرُوَءٍ **)**[٤] وقوله في المتوفى عنهنّ { يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْراً }[٥] وقول النبي صلى الله عليه وآله " لَا يَحِلُّ لِامْرَأَةٍ تُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ أَنْ تُحِدَّ على مَيِّتٍ فَوْقَ ثَلَاثٍ إلا على زَوْجِهَا "[٦] زاد في رواية" فَإِنَّهَا تُحِدُّ عليه أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا" أخرجه مسلم[٧] وغيره [٨].

قالوا: وهذا تكليفٌ، والتكليف إنما يلزم من وقت العلم، فلو لزمها من وقت الوقوع، ولم تعلم لزم سقوط هذا التكليف عنها.

فإن قيل: حكمها قبل العلم كحكم الصغيرة والمجنونة [٩].

---

1 - رمز "للمذهب" وكذا رمز له في بقية المخطوط.

2 - الأزهار (١ / ٧٩).و شرح الأزهار (٢ / ٤٧٣).

3 - المرجعين السابقين.

4 - البقرة: ٢٢٨.

5 - البقرة: ٢٣٤.

6 - أخرجه مسلم في صحيحه -كِتَاب الطَّلَاقِ - بَاب وُجُوبِ الْإِحْدَادِ في عِدَّةِ الْوَفَاةِ وَتَحْرِيمِهِ في غَيْرِ ذلك إلا ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ -رقم ١٤٩١ (ج٢/ص١١٢٧).

7 - أخرجه مسلم في صحيحه -كِتَاب الطَّلَاقِ - بَاب وُجُوبِ الْإِحْدَادِ في عِدَّةِ الْوَفَاةِ وَتَحْرِيمِهِ في غَيْرِ ذلك إلا ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ -رقم ١٤٨٦(ج٢/ص١١٢٦).

8 - كصحيح البخاري -كِتَاب الْجَنَائِزِ - بَاب حد الْمَرْأَةِ على غَيْرِ زَوْجِهَا -رقم ١٢٢١ (ج١/ص٤٣٠).

9 - شرح التجريد في فقه الزيدية - (٣ / ٣٠٢) بنحوه.

قلنا: لا تكليف عليهما في ذلك إنما التكليف على أوليائهما، ومن ثمة قال عليّ عليلم "تعتد من يوم بلوغها وفاته" [١].

وإذا ثبت هذا في عدة المتوفى عنها ثبت مثله في غيرها، إذ لم يفرق أحدٌ ذكر معناه في الغيث [٢]، وأشار إلى نحوه في البحر [٣].

وذهب القاسم وم بالله [٤/] والإمام ح والفريقان[٥] وك إلى أنّ ابتداءها[٦] يكون من يوم الوقوع مطلقاً إذ هو السبب، ولا تأثير للعلم والجهل،[٧] واختاره المؤلف عليلم وأشار إلى ضعف قول أهل المذهب بقوله المذهب[٨] غالباً، أي احتراز من عدة العاقلة الحائل عندهم كما تقدم.

فعلى قول أهل المذهب لا حكم لما مضى من المدة قبل علم الزوجة، وإذا مات أحدهما قبل العلم بالطلاق ورثه الآخر إن كان الطلاق رجعياً، ولو كان قد مضى قدر العدة، وإذا وطئها قبل علمها[٩] بالطلاق، وبعد مضي قدر العدة كان الوطء رجعة حيث[١٠] الطلاق رجعيّ[١١] وإن كان بايناً حُد مع العلم ولزمه المهر مع الجهل، وفي تكرره بتكرر الوطء وجهان.

وعلى القول الثاني إذا علمت بالطلاق بعد مضي قدر العدة حكم بانقضائها، ولم يثبت للزوجة بعد ذلك شيء من أحكام العدة.

قال المؤلف عليلم: والصحيح المناسب للقواعد الأصولية، أنّ الخلاف في التحقيق إنما هو في العدة، أي في ابتداء وقتها لا في كون الزوجية باقية أو غير باقية، فليس كذلك إذ قد وقع الطلاق بمجرد اللفظ، وحكم المدة التي بين الطلاق والعلم حكم العدة، فإذا كان الطلاق رجعياً[١٢/] ثبتت لها أحكام عدة الرجعي من الميراث وغيره، وإن كان الطلاق بايناً ثبتت لها

---

1 - أخرجه البيهقي في السنن الكبرى - كتاب العدد -باب العدة من الموت والطلاق والزوج غائب رقم ١٥٢٢٦ (٧ / ٤٢٥). وأصول الأحكام في الحلال والحرام (١ / ٥١٣). وأمالي الإمام أحمد بن عيسى (٢ / ١٢٩). و شفاء الأوام (٢ / ٢٩٤).
2 - الغيث المدرار ج٢(خ) .
3 - البحر الزخار(٤/٢٢٠) .
4 - نهاية ورقة ١١٦ من (أ) .
5 - في (أ) والفريقين والصحيح ما أثبته.
6 - في (أ،ب) ابتداها .
7 - شرح الأزهار - (٢ / ٤٧٣).
8 - في (أ) رمز للمذهب بــ " هب ".
9 - في (أ) علمه والصحيح ما أثبته.
10 - في (أ) زيادة " كان " بعد " حيث ".
11 - في (أ) رجعياً .
12 - نهاية ورقة ١٢٣ من (ب).

أحكام عدة الباين فلا ميراث، وذلك لأنهم قد جعلوا العدة هي الحيض لا الأطهار المتخللة بينها، بل جعلوا حكم هذه الأطهار حكم العدة، وكذا[١] هذه المدة.

قال عليلم: وفي القول بخلاف ذلك مخالفة لما ذكره العلماء في كتبهم، لأنه يلزم منه أنه[٢] يحرم على فاعل هذه الطلاق، أن ينكح أخت المطلقة بايناً قبل علمها، وأن تحرم عليه الخامسة قبل علمها، حيث هي رابعة أربع، وأن يلحق به ما جاءت به لفوق أربع سنين من الطلاق، وكل ذلك مخالف لنصوص الأئمة والعلماء، ولأنه يلزم أنه إذا مات قبل علمها بالطلاق البابن، أن تعتد عدة موت لا عدة طلاق، ويلزم[٣] أيضاً أن يحل[٤] له [وطؤها] [٥] قبل علمها بالطلاق، ولو كانت الطلقة[٦] ثالثة، وقد قال تعالى: ﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾[٧] هذا حاصل ما نقل عنه عليلم [٨] [وحفظه] [٩] [ورحمه] [١٠] وأكثره بلفظه، ولا مزيد عليه في التحقيق والله الموفق.

وحذف قوله في الأزهار " وتَجِبُ فِي جَمِيعِهَا النَّفَقَةُ غَالِبًا "[١١] لدخول ذلك، تحت قوله فيما تقدم وأحكام النكاح غالباً، وقد تقدم شرح ذلك هنالك، وحكاية ما فيه من الخلاف مفصلاً والله الموفق.

قوله عليلم "**ومن الْحُرَّةِ حَيْثُ وَجَبَتْ** " أي ويجب أن تكون العدة من الحرة في الموضع الذي وجبت عليها فيه، وهو الموضع الذي طلقت فيه، أو الذي بلغها فيه الطلاق أو الفسخ أو الموت، فلا يجوز لها أن تنتقل من ذلك الموضع إلا لعذر كما سيأتي.

فإن انتقلت منه لا لعذر أثمت، ثم إن كان بإذن الزوج لم تسقط نفقتها وإن كان لا بإذنٍ سقطت، ولا فرق في ذلك بين الرجعي والباين على ما اختاره المؤلف عليلم، خلاف ما في الأزهار.

وحذف قوله في الأزهار" وَلَوْ فِي سَفَرٍ بَرِيدًا فَصَاعِدًا "[١] لفهم ذلك من إطلاق العبارة إيثاراً للاختصار، ولا بأس بذكر ذلك[٢] في الشرح، وحاصله أن[٣]

---

1 - في (ج) فكذا.
2 - في (ج) أن.
3 - في (أ) تلزم .
4 - في (ب) تحل .
5 - الزيادة من (أ،ج) .
6 - في (أ) المطلقة).
7 - البقرة:٢٣٠.
8 - في (ج) أيده الله تعالى بدل عليلم كما أسلفنا .
9 - الزيادة من (أ،ج) .
10 - الزيادة من (ج) .
11 - الأزهار - (١ / ٧٩).

[من] [٤] لزمتها العدة في سفر بريد فصاعداً لزمها أن تعتد في ذلك الموضع، ولم يجز لها الرجوع إلى وطئها ولا المضي إلى غيره، هذا هو المذهب، وهو قول ح وأحد قولي ش، أعني أنه لا يجوز لها الانتقال من موضع عدتها [٥].

وعلى القول الآخر للشافعي أنه يجوز لها الخروج منه [٦]، واختاره الإمام ح كذا في الغيث [٧].

وحيث لزمتها العدة في السفر يلزمها الاعتداد في ذلك الموضع، ولا يجوز لها المضي ولا الرجوع كما تقدم.

وقال ش ومحمد: يجوز لها المضي في سفرها [٨].

واحتج أهل المذهب لتحريم الانتقال بقوله تعالى:**(** لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِن بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ **)**[٩] وقد تقدم.

ولحديث الفريعة الذي تقدم ونحوه، والسفر مقيسٌ على الحضر إن لم يتناوله الدليل بعمومه .

واحتج لذلك في الغيث بما روي أنّ عبدالله بن الزبير رد نسوة كثيره من ظهر الكوفة توفى عنهن أزواجهن حاجّات أو معتمرات، يعني ولم ينكر هــ[١٠].

وأما إذا كان بين المسافرة وبين وطنها دون بريد، فإنه يجب عليها الرجوع إليه، ولا يجوز لها الوقوف حيث هي، ولا المضي في سفرها على المذهب [١١].

قوله :عليلم" **و تَبِيتُ فِي مَنْزِلِهَا إلَّا لِعُذْرٍ فِيهِمَا** " أي ويجب على المعتدة أن تبيت في منزلها الذي اعتدت فيه في حضر أو سفر، والمراد بالمنزل هنا الدار، فلو[١٢] كان في دارها منازل جاز لها التنقل فيها من منزل إلى منزل في البيتوتة وغيرها.

---

1 - الأزهار - (١ / ٧٩).
2 - في (أ) " شيء " بدل " ذلك ".
3 - في (أ) إن.
4 - سقط من (أ) .
5 - شرح الأزهار (٢ / ٤٧٣). و اللباب في شرح الكتاب(١ / ٢٩٠). و تحفة الفقهاء - (٢ / ٢٥٠). و الحاوي الكبير ــ للماوردي - (ج١١ / ٥٩١ و ٢٦٦) .
6 - الحاوي في فقه الشافعي - للماوردي - (١١ / ٢٦٦) .
7 - الغيث المدرار ج٢(خ).
8 - الحاوي في فقه الشافعي (١١ / ٢٦٦) .و بدائع الصنائع - (٣ / ٢٠٧).
9 - الطلاق:١.
10 - الغيث المدرار ج٢(خ).
11 - شرح الأزهار - (٢ / ٤٧٣) .
12 - في (أ) ولو.

وإن[1] لم يكن لها إلا منزل واحد، لم يجز لها الخروج منه، وقوله إلا لعذر فيهما أي في وقوفها، حيث لزمتها العدة في[2] المبيت فيه، فإذا عرض لها عذر من الوقوف في ذلك الموضع، جاز لها الانتقال منه كخوف سقوطه، أو عدم الأمن فيه أو نحو ذلك.

وإذا كانت في سفر وبينها وبين وطنها بريد فصاعداً، وبينها وبين المأمن دون بريد، انتقلت إلى المأمن واعتدت فيه، وإن استوت المسافة إلى المأمن والوطن والمقصد خيرت، والأولى لها الرجوع إلى وطنها في هذه الحالة، حيث كل مسافة بريد فصاعداً.

قيل ي: وكذا لو كان أحدها فوق مسافة غيره، فإنها تخير بينها هـ[3].

وسواءً كانت في سفر الحج أم غيره أحرمت أم لا .

وقيل ع: إنما تخير إذا لم تكن قد أحرمت، فإذا كانت قد أحرمت بالحج لم تخير، بل تمضي فيه. [4]وكذا ذكره الفقيه س في تذكرته [5].

ولا خلاف في أنّ المطلقة بايناً لا يجوز لها الخروج من موضع عدتها لغير عذر، لقوله تعالى ﴿وَلَا يَخْرُجْنَ ﴾[6] ، خلاف الإمام ح وش كما تقدم، وسواء كان ذلك بإذن زوجها أم لا .

وأما الرجعية ففيه خلاف، الإمام المهدي [عليلم] [7]حيث أذن لها الزوج كما تقدم، وأمّا للعذر فيجوز لها الخروج لحديث جابر، ولفظه في رواية أبي داود عن جَابِرٍ قال طُلِّقَتْ خَالَتِي ثَلَاثًا فَخَرَجَتْ تَجُدُّ نَخْلًا لها فَلَقِيَهَا رَجُلٌ فَنَهَاهَا فَأَتَتْ النبي[8] [صلى الله عليه وآله][9]

---

1 - في (ب) وإلا.
2 - في (ب) وفي.
3 - البحر الزخار(٢١٤/٤) بنحوه.
4 - شرح الأزهار - (٢ / ٤٧٤).
5 - التذكرة الفاخرة (ص٢٩٧).
6 - الطلاق:١.
7 - الزيادة من (أ) .
8 - في (أ) رسول الله.
9 - في (ب) صللم.

[وسلم][١] فَذَكَرَتْ ذلك له فقال لها [النبي صلى الله عليه وآله] [٢] [٣/] اخْرُجِي فَجُدِّي نَخْلَكِ لَعَلَّكِ أَنْ تَصَدَّقِي منه أو تَفْعَلِي خَيْرًا" وأصل الحديث في صحيح مسلم [٤].

وأما المتوفى عنها فيجوز لها الانتقال عند أهل المذهب،[٥] وهو المروي عن علي عليلم وابن عباس وعائشة، لقوله تعالى{يَتَرَبَّصْنَ [بِأَنفُسِهِنَّ] [٦]}[٧] ولم يخص مكاناً، والبيان لا يؤخر عن وقت الحاجة [٨].

وعن زيد بن ثابت وابن مسعود وإليه ذهب الفريقان، أنه لا يجوز لها الانتقال لمنعه صلى الله عليه وآله الفريعة بنت مالك عن ذلك وقوله [لها] [٩]اسكني في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله [١٠].

قلنا: نقل عليّ عليلم ابنته أم كلثوم لما قتل زوجها، ونقلت عائشة أختها أم كلثوم لما توفي زوجها، ولم ينكر ذلك عليهما كما تقدم، ويجوز لها الخروج نهاراً ولو لغير عذرٍ، لكن لا تبيت إلا في منزلها إجماعاً، وإلى ذلك أشار في الأثمار كأصله [بقوله] [١١] ولا تبيت إلا في منزلها، لما رواه مجاهد[١٢] قال "استشهد رجال يوم أحد فأم نساؤهم، فجئن إلى رسول الله صلى الله عليه وآله فقلن يا رسول إنّا نستوحش بالليل، أفنبيت عند إحدانا حتى إذا أصبحنا بادرنا إلى بيوتنا، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله" تحدثن ما بدا لكن حتى إذا أردتنَّ[١٣/] النوم فلتأت كل واحدة منكن إلى بيتها هكذا [حكاه] [١٤] في الشفاء[١٥] ونحوه في التلخيص، ونسبه إلى ش من رواية مجاهد، وهو[١] مرسل هـ [٢].

---

1 - سقط من المخطوط.
2 - زيادة من المصنف.
3 - نهاية ورقة ١١٧ من (أ) .
4 - صحيح مسلم -كِتَاب الطَّلَاقِ - بَاب جَوَازِ خُرُوجِ الْمُعْتَدَّةِ الْبَائِنِ والمتوفى عنها زَوْجُهَا فِي النَّهَارِ لِحَاجَتِهَا - رقم١٤٨٣ (ج٢/ص١١٢١).
5 - شرح الأزهار - (٢ / ٤٧٤) .
6 - الزيادة من (ب) .
7 - البقرة: ٢٢٨.
8 - بدائع الصنائع - (٣ / ٢٠٦) .
9 - سقط من (أ) .
10 - تقدم تخريجه صـ .
11 - سقط من (أ) .
12 - هو مجاهد بن جبر أبو الحجاج المكي مولى عبد الله بن السائب القارئ، سمع بن عباس وابن عمر وعليا وروى عنه الحكم ومنصور وابن أبي نجيح وعطاء وطاوس، قرأ القرآن على بن عباس مرات، كان عالما بالتفسير، مات رحمه الله سنة ثلاث ومائة، وقال أبو نعيم سنة اثنتين ومائة . التاريخ الكبير (ج٧/ص٤١١).
13 - نهاية ورقة ١٢٤ من (ب).
14 - الزيادة من (ب،ج) .
15 - شفاء الأوام - (٢ / ٢٩٧) وهو كذلك في سنن البيهقي الكبرى - باب كيفية سكنى المطلقة والمتوفى عنها - رقم١٥٢٨٩. بلفظ عن مجاهد قال استشهد رجال يوم أحد فآم نساؤهم وكن متجاورات في دار فجئن النبي صلى الله عليه

وفي أصول الأحكام عن زيد بن علي عن أبيه عن جده عن علي عليلم، أنه قال المتوفى عنها زوجها تخرج بالنهار ولا تبيت في غير منزلها،[٣] ووجه الفرق بينها وبين البائنة في ذلك هذا الحديث، وما رواه في تعليق ابن أبي الفوارس عن زيد بن علي عن أبيه عن جده عن علي عليلم، أنه قال المطلقة واحدة واثنتين وثلاثاً لا تخرج من بيتها ليلاً ولا نهاراً، حتى يحل أجلها انتهى [٤].

فإن قيل: أنّ قوله ولا تبيت إلا في منزلها، يوهم عموم المعتدات في جواز الخروج بالنهار.

قال في الغيث: لكن هذا الإيهام يرتفع بما تقدم في أحكام الطلاق البائن [انتهى] [٥]هـ[٦]

قال في البحر: مسألةٌ والبدوية تلزم خيمتها حتى تنقضي عدتها ما لم ينقل أهلها، وتخاف من التخلف عنهم، وامرأة الملاح تعتد في بيتها في البر إن كان، وإلا ففي منزل مستقل في السفينة، وإلا فمعه في السفينة إن كان ثم محرم، وإلا لزمه الخروج وتبقى هي، إذ لها السكنى ، وفيه مسألة العترة وش وعدة الذمية كالمسلمة لعموم الآية.

وقيل: لا إذا شرعت في كتابهم إذ قرروا[٧] على ما فيه وإن نسخه شرعنا كالمسكر، قلنا ما لم يقرره صلى الله عليه وآله لم نأمن تحريفهم فيه، ووجوب سكنى الأمة تابع للنفقة انتهى ذكر هاتين المسألتين في آخر فصل أحكام عدة الرجعي [٨].

قوله :عليلم"**و الْإِحْدَادُ فِي غَيْرِ رَجْعِيٍّ والنِّيَّةُ فِيهِمَا واجبان المذهب**[٩] **غالباً لا شرطان**" أي ويجب على المرأة الاحداد في عدة غير الطلاق الرجعي، فيجب في عدة البائن والفسخ والوفاة عند أهل المذهب، ولا خلاف في أنّ الرجعية لا إحداد عليها، وأن المتوفى

وسلم فقلن يا رسول الله إنا نستوحش بالليل فنبيت عند إحدانا فإذا أصبحنا تبدرنا إلى بيوتنا فقال النبي صلى الله عليه وسلم تحدثن عند إحداكن ما بدا لكن فإذا أردتن النوم فلتؤب كل امرأة منكن إلى بيتها.(ج٧/ص٤٣٦).

1 - **في (أ) فهو.**
2 - **التلخيص الحبير -رقم١٦٤٩(ج٣/ص٢٤٠) و الأم (ج٥/ص٢٣٥).**
3 - **أصول الأحكام في الحلال والحرام (١ / ٥١٨) .**
4 - **تعليق ابن أبي الفوارس (خ).**
5 - **الزيادة من (ج) .**
6 - **الغيث المدرار ج٢(خ) .**
7 - **في المخطوط "أقروا ".**
8 - **البحر الزخار(٤/٢١٥) .**
9 - **في (أ) رمز للمذهب بـــ" هب " وكذا في البقية .**

عنها البالغة المسلمة العاقلة يلزمها الاحداد، إلا عن الحسن البصري فقال إنما هو مباح فقط، إذ هو جاهليٌّ و[لكن] [١] لم ينكره [صلى الله عليه وآله] [٢] [٣].

واختلفوا في البائنة فالمذهب أنه يلزمها الاحداد[٤]، لما روي أنّ النبي صلى الله عليه وآله نهى المعتدة أن تختضب بالحناء، وقال: أنه طيب [٥].

قال ع: وهذا عامٌ في كل معتدة إلا ما خصه دليل، وهو قول زيد بن علي وص بالله، وتخريج ع وح وغيرهم، وعن الهادي وم بالله وش وك لا إحداد على البائنة، إذ عدتها عن طلاق كالرجعية [٦].

قلتُ: والخبر المذكور لم أعرفه، وإنما المعروف في ذلك حديث أم سلمة الذي سيأتي، وهو نصٌ صريح في المتوفى عنها والله أعلم .

والدليل على وجوب الاحداد في عدة الوفاة، ما أخرجه الستة ولفظه في إحدى الروايات[٧]" عن زينب بنت أبي سلمة[٨]قالت[٩]سمعت أُمِّي أُمَّ سَلَمَةَ[١٠] زوج النبي صلى الله عليه وآله تَقُولُ جَاءَتْ امْرَأَةٌ إلى رسول اللَّهِ صلى الله عليه وآله، فقالت يا رَسُولَ اللَّهِ إنَّ ابْنَتِي توفى عنها زَوْجُهَا وقد اشْتَكَتْ عَيْنُهَا أَفَنَكْحُلُهَا؟ فقال رسول اللَّهِ صلى الله عليه وآله

1 - الزيادة من (ب،ج) .

2 - الزيادة من (أ) .

3 - شرح الأزهار - (٢ / ٤٧٥) .

4 - شرح الأزهار - (٢ / ٤٧٥).

5 - سبق تخريجه صـ ٢١٠ .

6 - البحر الزخار(٢١٦/٤) وشرح الأزهار - (٢ / ٤٧٥) .و الجوهرة النيرة - (٤ / ٣٠٣)والتاج والإكليل لمختصر خليل - (٦ / ٢٢٦)و الحاوي في فقه الشافعي - للماوردي - (١١ / ٢٧٥).

7 - كرواية مسلم بلفظ " قالت زَيْنَبُ سمعت أُمِّي أُمَّ سَلَمَةَ تَقُولُ جَاءَتْ امْرَأَةٌ إلى رسول اللَّهِ r فقالت يا رَسُولَ اللَّهِ إنَّ ابْنَتِي توفى عنها زَوْجُهَا وقد اشْتَكَتْ عَيْنُهَا أَفَنَكْحُلُهَا فقال رسول اللَّهِ r لَا مَرَّتَيْنِ أو ثَلَاثًا كُلَّ ذلك يقول لَا ثُمَّ قال إنما هِيَ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ وَعَشْرٌ وقد كانت إِحْدَاكُنَّ في الْجَاهِلِيَّةِ ترمى بِالْبَعْرَةِ على رَأْسِ الْحَوْلِ - قال حُمَيْدٌ قلت لِزَيْنَبَ وما ترمى بِالْبَعْرَةِ على رَأْسِ الْحَوْلِ فقالت زَيْنَبُ كانت الْمَرْأَةُ إذا توفى عنها زَوْجُهَا دَخَلَتْ حِفْشًا وَلَبِسَتْ شَرَّ ثِيَابِهَا ولم تَمَسَّ طِيبًا ولا شيئا حتى تَمُرَّ بها سَنَةٌ ثُمَّ تُؤْتَى بِدَابَّةٍ حِمَارٍ أو شَاةٍ أو طَيْرٍ فَتَفْتَضُّ بِهِ فَقَلَّمَا تَفْتَضُّ بِشَيْءٍ إلا مَاتَ ثُمَّ تَخْرُجُ فَتُعْطَى بَعْرَةً فترمى بها ثُمَّ تُرَاجِعُ بَعْدُ ما شَاءَتْ من طِيبٍ أو غَيْرِهِ "

8 - هي زينب بنت أبي سلمة المخزومية ولدت بأرض الحبشة وكان اسمها برة فسماها النبي صلى الله عليه و سلم زينب روت عن النبي صلى الله عليه و سلم وعن أمها أم سلمة وعائشة وغيرهم وعنها ابنها أبو عبيدة بن عبد الله بن زمعة وأبو سلمة بن عبد الرحمن وغيرهما ماتت سنة ثلاث وسبعين (إسعاف المبطأ / ط المكتبة التجارية - (١ / ٣٥).و (معرفة الثقات ٤٥٣/٢) و(الثقات ٢٧١/٤)

9 - في (أ) " قال " والصحيح ما أثبته.

10 - أم سلمة : هي أم المؤمنين -رضي الله عنها- السيدة المحجبة الطاهرة، هند بنت أبي أمية بن المغيرة المخزومية، من المهاجرات الأول ،دخل بها النبي صلى الله عليه وسلم في سنة أربع من الهجرة وكانت من أجمل النساء وأشرفهن نسبا، أبوها هو زاد الراكب أحد الأجواد قيل اسمه حذيفة، وقد وهم من سماها رمله تلك أم حبيبة ، وتوفيت سنة تسع وخمسين في ذي القعدة. فعاشت نحوا من تسعين سنة .(سير أعلام النبلاء ٢٠١/٢).

لَا مَرَّتَيْنِ أو ثَلَاثًا كُلَّ ذلك يقول لَا ثُمَّ قال رسول الله صلى الله عليه وآله إنما هِيَ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ وَعَشْرٌ وقد كانت إِحْدَاكُنَّ في الْجَاهِلِيَّةِ ترمى بِالْبَعْرَةِ على رَأْسِ الْحَوْلِ "

قال حُمَيْدٌ[١] قلت لِزَيْنَبَ وما ترمى بِالْبَعْرَةِ على رَأْسِ الْحَوْلِ [فقالت زَيْنَبُ كانت الْمَرْأَةُ إذا توفى عنها زَوْجُهَا دَخَلَتْ حِفْشًا[٢] وَلَبِسَتْ شَرَّ ثِيَابِهَا ولم تَمَسَّ] [٣]طِيبًا حتى تَمُرَّ بها سَنَةٌ ثُمَّ تُؤْتَى بِدَابَّةٍ حِمَارٍ أو شَاةٍ أو طائر فَتَفْتَضُّ بِهِ فَقَلَّمَا تَفْتَضُّ بِشَيْءٍ [٤] إلا مَاتَ ثُمَّ تَخْرُجُ فَتُعْطَى بَعْرَةً[٥] فترمى [٦] بها ثُمَّ تُرَاجِعُ ما شَاءَتْ من طِيبٍ أو غَيْرِهِ [٧].

قال ك: تفتض تمسح به جلدها كالنشرة انتهى [٨]. وفي الاحداد أحاديث أخر.

واستدل على وجوب نية العدة بقوله تعالى(يَتَرَبَّصْنَ[بِأَنفُسِهِنَّ][٩])[١٠]، والتربص إنما يكون مع النية، وعلى وجوب نية الاحداد بأنه عبادة[١١] فيشملها حديث إنما الأعمال بالنيات[١٢] ونحوه.

والاحداد هو ترك الزينة فلا تختضب ولا تكتحل ولا تدهن، ما ظهر منها وما خفي[١٣] إلا لعذر، ولا تلبس حلية ولا مصبوغاً بما فيه زينة ولا حريراً ولا منقوشاً ولا مطرزاً ونحوها، والأصل في ذلك نحو ما رواه أبو داود وغيره من حديث أُمِّ سَلَمَةَ قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وآله [وسلم] [١] " لَا تَلْبَسُ الْمُتَوَفَّى عنها زَوْجُهَا الْمُعَصْفَرَ[٢]

---

1 - هو حميد بن نافع المدني سمع زينب بنت أبي سلمة سمع منه يحيى بن سعيد الأنصاري وأيوب بن موسى وشعبة وعبد الله بن أبي بكر. التاريخ الكبير - (٢ / ٣٤٧).
2 - الْحِفْشُ: الْبَيْتُ الرَّدِيءُ . موطأ مالك (ج٢/ص٥٩٧).
3 - سقط من (ب) .
4 - في (ج) لشيء .
5 - في (أ) البعرة .
6 - في (أ) فترمى .
7 - أخرجه البخاري في صحيحه –كتاب العدد-بَاب تُحِدُّ الْمُتَوَفَّى عنها زَوْجُهَا أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا رقم ٥٠٢٤ (ج٥/ص٢٠٤٢)ومسلم في صحيحه -كتاب الطلاق -بَاب وُجُوبِ الْإِحْدَادِ في عِدَّةِ الْوَفَاةِ وَتَحْرِيمِهِ في غَيْرِ ذلك إلا ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ- رقم ١٤٨٨. (ج٢/ص١١٢٤)و أبو داود في سننه -كِتَاب الطَّلَاقِ تَفْرِيعِ أَبْوَابِ الطَّلَاقِ - بَاب إِحْدَادِ الْمُتَوَفَّى عنها زَوْجُهَا – رقم٢٢٩٩ -(ج٢/ص٢٩٠)و الترمذي في سننه -كِتَاب الطَّلَاقِ وَاللِّعَانِ -بَاب ما جاء في عِدَّةِ الْمُتَوَفَّى عنها زَوْجُهَا- رقم١١٩٧ (ج٣/ص٥٠١)و النسائي في السنن الكبرى - كتاب الطلاق - باب ترك الزينة للحادة المسلمة دون اليهودية والنصرانية - رقم٥٧٢٧(ج٣/ص٣٩٤)-وابن ماجه في سننه - كِتَاب الطَّلَاقِ - باب كَرَاهِيَةِ الزِّينَةِ لِلْمُتَوَفَّى عنها زَوْجُهَا رقم٢٠٨٤(ج١/ص٦٧٣).
8 - موطأ مالك -كتاب الطلاق- باب ما جاء في الإِحْدَادِ رقم ١٢٤٧ (ج٢/ص٥٩٧).
9 - الزيادة من (ب) .
10 - البقرة: ٢٢٨.
11 - في (ب) كالعبادة .
12 - سبق ذكره وتخريجه صـــ٧٧.
13 - في (أ) وما خلا.

رسول الله صلى الله عليه وآله [وسلم] [١] " لَا تَلْبَسُ الْمُتَوَفَّى عنها زَوْجُهَا الْمُعَصْفَرَ[٢] من الثِّيَابِ ولا الْمُمَشَّقَةَ [٣]ولا الْحُلِيَّ ولا تَخْتَضِبُ ولا تَكْتَحِلُ"[٤].

وفي رواية أخرى " أنه نهاها أن تكتحل بالصبر، وأن تمتشط[٥] بالطيب، ولا بالحناء فإنه خضاب"[٦] وفي حديث آخر "ولا تمس[٧] طيباً "هـ[٨].

نعـــم : والمذهب أنّ الاحداد إنما يجب على المكلفة المسلمة لا الصغيرة والمجنونة، فلا احداد عليهما لرفع القلم عنهما، وكذا الذميّة لا احداد عليها إذ هو عبادة وليست من أهلها، وهذا تخريجُ ع وهو مذهب الحنفية [٩].

وأشار المؤلف عليلم إلى تضعيف هذا القول بقوله المذهب غالباً، واحترز بقوله غالباً عن المذكورات الثلاث[١٠] إذ لا احداد عليهنّ عند أهل المذهب، واختار وجوب الاحداد على غير المكلفة، كما هو تخريج م بالله وقول الإمام[١١] يحيى وش[١٢] لعموم[١٣/] قوله صلى الله عليه وآله:" لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر" الخبر وقد تقدم[١٤]، **وقال في البحر قلنا:** هو خطاب للمكلفات المسلمات [١٥].

وقال في الغيث قلت: وهذا الخبر يعني قوله [صلى الله عليه وآله] [١٦]"لا يحل لامرأة" الحديث[١٧]، يدل على أن الكافرة لا احداد عليها لقوله " تؤمن بالله واليوم الآخر"[١] انتهى[٢].

---

1 - الزيادة من (ج) .

2 - أي المصبوغ بالعصفر وهو صبغ معروف . المطلع - (١ / ١٧٧).

3 - في (ب،ج) الممشق. والصحيح ما أثبته . والممشقة هي الثياب المصبوغة بالمشق وهي المَغْرة .(غريب الحديث لأبي عبيد ابن سلام . (١ / ٢٢٧).

4 - أخرجه أبو داود في سننه -باب فِيمَا تَجْتَنِبُهُ الْمُعْتَدَّةُ في عِدَّتِهَا - رقم ٢٣٠٤(ج٢/ص٢٩٢). وأخرجه النسائي في السنن الكبرى - باب ما تجتنب المعتدة من الثياب المصبغة –رقم ٥٧٢٩(ج٣/ص٣٩٥). وصححه الألباني ينظر صحيح وضعيف سنن النسائي - (٨ / ١٠٧).

5 - في (أ) تتشط .

6 - أخرجه مسلم في صحيحه - بَاب وُجُوبِ الْإِحْدَادِ في عِدَّةِ الْوَفَاةِ -رقم ٩٣٨(ج٢/ص١١٢٧).

7 - في (أ) تلبس .

8 - سنن البيهقي الكبرى ج٧/ص٤٤٠ رقم١٥٣١٥.

9 - شرح الأزهار - (٢ / ٤٧٥) .و البحر الرائق - (٤ / ١٦٣). والعناية شرح الهداية - (٦ / ١٣٩).

10 - في (أ) الثلاثة .

11 - في (أ) للامام .

12 - أسنى المطالب في شرح روض الطالب - (٣ / ٤٠١) .

13 - نهاية ورقة ١١٨ من (أ) .

14 - سبق تخريجه آنفاً.

15 - البحر الزخار – دار الأندلس (٢٢٢) .

16 - الزيادة من (أ)وفي (ب) رمز بـــ ص~ .

17 - سبق تخريجه آنفاً.

وعن المؤلف عليلم: لا يقال أنّ الاحداد قربة فلا تصح من الكافرة وغير المكلفة لاختلال النية منهما، إذ ليس بقربة يشترط[٣] فيها النية بل الاحداد والنية واجبان مستقلان، فصح[٤] ذلك منهما ولأن الاحداد ترك وهو يصح من الكافرة.

وقال في روضة النووي[٥]: "والذمية والصغيرة والمجنونة والرقيقة، كغيرهن في الاحداد".

قال: "وولي الصبية والمجنونة يمنعهما مما تمنع منه الكبيرة العاقلة." انتهى هـ[٦]

وقوله:" لا شرطان" معناه أنّ الاحداد والنية واجبان كما تقدم، وليسا بشرطين في صحة العدة، بل تتم العدة من دونهما ويأثم بتركهما، إذ هو إخلال بواجبٍ ولا يجب عليها استئناف العدة حيث تركتهما، أما كون النية ليست بشرط في صحة العدة، فلأن العدة ليست بعبادة بدليل لزومها الصبيّة[/٧] والمجنونة والكافرة وإن كانت واجبة فليس كل واجب يفتقر إلى النية كقضاء الدين ورد الوديعة، وأما كون نية الاحداد غير شرط فلعدم الدليل على اشتراطها فيه، وأما كون الاحداد غير شرط في صحة العدة فلأنه يعتدٌ مستقل بنفسه، والتربص أمر مستقل فلم تقف صحة أحدهما على صحة الآخر، ذكر معنى بعض ذلك في الغيث قال فيه، وأما كون العدة لا تستأنف إذا تركت النية أو الاحداد فممّا لا أحفظ فيه خلافاً [انتهى] [٨][٩].

فـــــــرع: والأمة كالحرة في لزوم الاحداد، لعموم الدليل ولا خلاف في ذلك إلا رواية شاذة عن ح، وقد أنكرت إذ لا وجه لها ذكر معناه في البحر .[١٠]

فـــــــرع: وعلى القول بأنّ العدة من حين الوقوع يسقط[١١] عنها وجوب النية والاحداد حيث لم تعلم وذلك واضحٌ .

---

1 - سبق تخريجه آنفاً.
2 - الغيث المدرار ج٢(خ) .
3 - في (أ) تشترط .
4 - في (أ) فيصح .
5 - في (أ،ج) النواوي .
6 - روضة الطالبين (٨ / ٤٠٥) .
7 - نهاية ورقة ١٢٥ من (ب).
8 - الزيادة من (ب،ج) .
9 - الغيث المدرار ج٢(خ) .
10 - البحر الزخار(٢٢٢/٤) .
11 - في (ب) لسقط .

قوله عليلم: " **وَمَا ولد قَبْلَ إِقْرَار بِانْقِضَاء**[١] **لُحِقَ بالزوج إنْ أَمْكَنَ مِنْهُ حَلَالًا** "أي وما ولدته المرأة، قبل[إقرارها بـــ][٢] انقضاء عدتها لحق نسبه بالزوج إن أمكن كونه من وطءٍ منه حلال، احتراز مما إذا لم يكن[٣] أن يكون من الزوج إلا من وطء حرام، فإنه لا يلحق به وذلك نحو أن يطلقها قبل بلوغها طلاقاً بايناً ثم تبلغ في العدة، وكذا لو طلقها طلاقاً رجعياً ثم مضت عليها ثلاثة أشهر قبل بلوغها لم يراجعها فيها، ثم أتت بولد فإن هذا الولد لا يمكن كونه منه من وطء حلال، فلا يلحق نسبه به في هاتين الصورتين، وأمّا إذا أمكن كونه [منه] [٤] من وطءٍ حلالٍ، فإنه يلحق به على ما فصّله المؤلف عليلم بقوله: "**ففِي الرَّجْعِيِّ مُطْلَقًا وفِي الْباين لِأَرْبَعٍ فَدُونَ** " [فيلحق نسب الولد بالزوج إذا كان طلاقه رجعياً مطلقاً، أي سواءً أتت به لأربع سنين أو أكثر][٥] وأما في الطلاق الباين فلا يلحق [به][٦] نسبه إلا إذا أتت به لأربع سنين قيل وقدر لحظتين من يوم الطلاق أو لدون ذلك.

أما في الرجعي فلتجويز أنه راجعها في الأوقات الماضية، وأما في الطلاق الباين فلأن الأربع السنين أكثر مدة الحمل عندنا،[٧] واعتبار اللحظتين لا بد منه لحظة، لإمكان الوطء قبل الطلاق ولحظة للولادة عقيب مضي الأربع السنين، فإن أتت به في الباين لأكثر من ذلك لم يلحق به إذ لا تجوز مراجعتها، ولا يمكن كونها طلقت حاملاً لزيادتها على أكثر مدة الحمل .

قوله عليلم: " **وَكَذَا بَعْدَهُ بِدُونِ**[٨] **سِتَّةِ أَشْهُرٍ غالباً** " أي وكذا يلحق به الولد حيث أتت به بعد إقرارها بانقضاء عدتها بدون ستة أشهر من يوم إقرارها بذلك، أما في الرجعي فمطلقاً كما تقدم، وأما في الباين فحيث أتت به لأربع سنين ولحظتين، فما دون من وقت طلاقها، ووجه ذلك أنها إذا أتت لدون[٩] ستة أشهر من يوم إقرارها انكشف أنها كاذبة في إقرارها، إذ هي حامل حينئذ[١٠] وإذا كانت حاملاً لم تنقض عدتها، وأمّا حيث أتت [به] [١١]

---

1 - في (أ) بانقضائها .
2 - الزيادة من (أ،ب) .
3 - في (ب) يمكن .
4 - الزيادة من (ب،ج).
5 - في (ج) كررت مرتين.
6 - الزيادة من (ب،ج).
7 - البحر الزخار (٧ / ١٢١).وشرح الأزهار (٢ / ٣٧٥).
8 -في (أ) لدون .
9 - في (أ) " به " بدل "لدون ".
10- في (ب) " فحينئذ ".
11 -الزيادة من (أ،ج) .

لفوق ستة أشهر من يوم إقراراها بانقضاء عدتها، فإنه لا يلحق بالزوج لأنّ الظاهر صحة إقرارها بانقضاء العدة وأن الحمل حدث بعد ذلك .

وقوله "غالباً" قال في الشرح: احتراز من صورتين:

إحداهما من منطوق قوله " وفي البابن لأربع فدون"، [و] [١] ذلك نحو أن يطلق زوجته الصغيرة قبل البلوغ طلاقاً باينا ثم تبلغ في العدة وأتت بولد، فإنه لا يلحق سواء أتت به لأربع سنين أو دونها وسواء أتت به بعد الإقرار بانقضاء العدة بستة[٢] أشهر أو بدون، أو قبل الإقرار، لأنه لا يمكن كونه من الزوج عن وطءٍ حلال، لأنها باينة فلا يصح تجويز وطئها في العدة كالرجعية هـــ.

الصورة الثانية: من مفهوم قوله بدون ستة أشهر، وذلك كالحمل الممكن من المعتدة بالشهور لليأس، فانه يلحق به ولو أتت به لستة أشهر من يوم الإقرار، وصورة ذلك أن تدعي المرأة أنها قد صارت آيسة من الحيض لأجل الكثر فتعتد بالأشهر، ويقر بانقضائها ثم يظهر بها حمل، فإن ظهور الحمل يدل على كذبها في ذلك الإقرار فكأنها لم تقر فيلحق به في الرجعي مطلقاً، وفي الباين لأربع فدون انتهى .

يعني من وقت الطلاق مع اعتبار اللحظتين كما مر، والوجه في جميع ذلك الحمل لها على السلامة ما أمكن.

قال في الغيث: تنبيـــهٌ يقال إذا لحقه الولد في الرجعي هل تثبت الرجعة بمجرد الولادة لفوق أربع، سواء صادق الزوج بالوطء أم كذب أم بشرط مصادقته على ذلك، الأقرب أنها شرط [٣].

وقال في البحر: **مسألة** تخريج ع وابن سريج، وإذا حاضت ثلاثاً ثم أتت بولد لدون أربع سنين لم يلحق، كلو أقرت بالانقضاء مجملاً، ش بل يلحق لصحة الحيض مع الحمل عنده. لنا ما[٤] مرّ انتهى[٥].

يعني ما مرّ من الدليل على أنّ الحيض متعذر حال الحمل، وإنما يكون ما رأته الحامل من دم[٦] استحاضة فقط والله أعلم هـــ.

---

1 - **الزيادة من (ب) .**
2 - **في (أ) لستة .**
3 - **الغيث المدرار ج٢(خ).**
4 - **في (ب) كررت مرتين .**
5 - **البحر الزخار - دار الأندلس(٤/ ٢١٨) .**
6 - **في (أ) الدم .**

"فَصْـــــــلٌ"

وتُسْتَبْرَأُ حَامِلُ مِنْ زِنًى لِلْوَطْءِ بِالْوَضْعِ " يعني أنه لا يعتبر فيما عدا ما تقدم ذكره من الطلاق والفسخ، والموت عدة شرعية يثبت لها ما سبق ذكره من الأحكام، لكن يجب أن تستبرأ المرأة إذا حملت من زنا[1/] بوضع ذلك الحمل، وإنما يجب استبراؤها للوطء، وأما عقد النكاح عليها حيث كانت[٢] غير مزوجة فيجوز في حال حملها لكن لا توطأ حتى تضع، وتطهر من نفاسها هذا هو المذهب [٣].

وأما الحائل فلا يجب استبراؤها إذ لا حرمة لماء الزنى نص على ذلك السادة.[٤]، وقال ك وربيعة: يجب على الموطوءة من زنا أن تعتد سواء كانت حاملاً أم حائلاً، وقال أبو جعفر تستبرأ الحائل بحيضة [٥]، والحجة لنا على أنه لا عدة من زنا قوله صلى الله عليه [وآله] [٦] " وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ " دل على أنه لا حرمة لمائه، وهو طرف من حديث أخرجه البخاري ومسلم [٧].

وأما كون الحامل من زنا لا توطأ حتى تضع، فلقوله صلى الله عليه وآله لعن الله الساقي بمائه زرع غيره"[٨] لفظه عند أبي داود " ولَا يَحِلُّ لِامْرِئٍ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ

---

1 - نهاية ورقة ١١٩ من (أ) .

2 - في (أ) "هي " بدل "كانت".

3 - البحر الزخار (١٦ / ١٨٢) .

4 - هم الهارونيون: المؤيد بالله، وأبو العباس، وأبو طالب.. (شرح الأزهار - (١ / ١٢٤).

5 - المنتزع المختار من الغيث المدرار المعروف بشرح الأزهار - (١١ / ٢٠٣).

6 - الزيادة من (أ)وفي (ج) رمز بـــ صللم .

7 - أخرجه البخاري في صحيحه -كتاب الْمُحَارِبِينَ من أَهْلِ الْكُفْرِ وَالرِّدَّةِ ...- بَاب لِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ -رقم٦٤٣١ (ج٦/ص٢٤٩٩).و مسلم في صحيحه -كِتَاب الْفَرَائِضِ ...- بَاب الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَتَوَقِّي الشُّبُهَاتِ - رقم١٤٥٧(ج٢/ص١٠٨٠).

8 - لم أقف على أصله في كتب الحديث.

أَنْ يَسْقِيَ مَاءَهُ زَرْعَ غَيْرِهِ "[١] وقوله صلى الله عليه وآله لا توطأ حامل حتى تضع"[٢] [إذ هو عامٌ وإن كان وارداً في السبي إذ العام لا يقصر على سببه، ولفظه عند أبي داود لا توطأ حامل حتى تضع] [٣] ولا غير [ذات] [٤]حامل[٥] حتى تحيض حيضةً" [٦].

وعن ع: لا يجوز العقد على الحامل من زنا، وعن ح يجوز العقد والوطء [٧].

قوله عليلم [/٨]: " **ونحو مَفْسُوخَةً مِنْ أَصْلِه** " وصورتها أن تزوج بغير ولي أو[٩] شهود ثم يفسخه الحاكم، و[١٠] ذلك حيث دخلا فيه مع الجهل، وأراد بنحوها المنكوحة [نكاحاً][١١] باطلاً وهي التي نكحت في العدة ودخل بها الزوج جهلاً، فإنها تستبرأ من الزوج الثاني بثلاث حيض ثم تتم عدة الأول، وتبني على ما قد مضى منها، ولا تتداخل العدتان عندنا كما تقدم.

وكذلك الموطوءة بشبهة ومن تزوجت بغير ولي ولا شهود جهلاً، فإن حكمهما أيضاً حكم المفسوخة من أصله، وإفادة حكمهما هنا من زيادات المؤلف عليلم.

قوله عليلم: " **وكافرةٌ أَسْلَمَتْ عَنْ كَافِرٍ** " فإنّ حكمها في الاستبراء كاللاتي قبلها، وقد بيّن ذلك المؤلف عليلم بقوله" **كَعِدَّةِ الطَّلَاقِ غالباً** " أي يجب استبراء المفسوخة ونحوها، والكافرة المذكورات مدة كمدة عدة الطلاق، فالحامل بوضع جميعه متخلقاً والحائض بثلاث حيض كما تقدم، والصغيرة والآيسة بثلاثة أشهر.

وقوله:"غالباً " احتراز من صورتين:

إحداهما: أن منقطعة الحيض منهنّ لعارض لها حكم آخر، وهو أن استبرائها بأربعة أشهر وعشر من دون تربص، بخلاف المطلقة فإنها تتربص إلى مدة الإياس كما تقدم .

---

1 - أخرجه أبو داود في سننه -كِتَاب النِّكَاحِ -باب في وَطْءِ السَّبَايَا- رقم٢١٥٨(ج٢/ص٢٤٨). وحسنه الألباني في الإرواء (١ / ٢٠١).

2 - أخرجه أبو داود في سننه-كِتَاب النِّكَاحِ -باب في وَطْءِ السَّبَايَا- رقم٢١٥٧(ج٢/ص٢٤٨). وصححه الألباني في الإرواء (١ / ٢٠٠).

3 - سقط من (أ) .

4 - الزيادة من (ج) .

5 - في (ج) حمل .

6 - تقدم تخريجه آنفاً .

7 - شرح الأزهار - (٢ / ٤٧٨) .و البحر الرائق - (٣ / ١١٤).

8 - نهاية ورقة ١٢٦ من (ب).

9 - في (أ) "ولا" بدل " أو".

10 - في (أ) "أ و" بدل " و".

11 - الزيادة من (ب) .

[و] [1] الصورة الثانية: حيث كانت إحدى المذكورات صغيرة فبلغت بعد مضي شهرين هل تستأنف الاستبراء بالحيض كما في المطلقة أو تبني، لأنها أخف حكماً ؟ وكذا[2] الكبيرة إذا استبرأت بحيضتين ثم آيست من الحيض للكبر، هل تبني أو تستأنف بالأشهر؟

قال في الغيث: لم أقف فيها على نص إلا أنّ الأقرب أنها تبني على ما مضى، لأنهم قد قدروه بمدة عدة الميت والله أعلم هـــ.

قال فيه: وإنما قلنا أن استبراء هؤلاء الثلاث كعدة الطلاق، لأنه استبراء رحم عن وطء لمن يحل له الوطء فأشبه عدة الطلاق، ولما لم يلحقها أحكام العدة من النفقة والسكنى نقصت عنها، حيث انقطع الحيض لعارض ملتبس انتهى[3].

وإنما عدل المؤلف عن عبارة الأزهار إلى قوله " غَالِبًا "[4] ليدخل في ذلك الصغيرة والآيسة اللتان ذكرهما في الغيث، وقال: لم يقف فيهما على نصٍ [5].

وعدل عن قوله في الأزهار " وحَرْبِيَّةٌ " [6]، وأسقط قوله "وهَاجَرَتْ "[7]، لأنه لا فرق بين الحربية وغيرها ولا بين أن تهاجر أم لا.

قوله عليلم" **وأُمُّ الْوَلَدِ عَتَقَتْ بنحو حَيْضَتَيْنِ [غالباً]** [8] " أي ويجب أن تستبرأ أم الولد إذا أعتقت وأرادت الزواج بحيضتين إن كانت ذات حيض، وإن كانت آيسة فبشهرين وإن انقطع حيضها لعارض فبأربعة أشهر وعشر، وإن كانت حاملاً فبوضع الحمل وهذه الصور الثلاث هي المرادة بنحو حيضتين، وذكرها من الزوايد وكذا قوله غالباً، وهو احتراز من أن يريد سيدها زواجها بعد عتقها، فإنها لا تستبرئ له إذ لا تستبرئ من مائه .

قوله عليلم:" **وثَالِثَةٌ لِلْمَوْتِ ندباً** " يعني وإذا أعتقت أم الولد بموت سيدها اعتبر في استبرائها ثلاث حيض، لكن الثالثة ندب فقط هذا هو المذهب [9]، وقال ش: تستبرئ بحيضة فقط للعتق والوفاة [10]، وعن الأوزاعي بثلاث حيض في العتق، وبأربعة أشهر وعشر في

---

1 - الزيادة من (ب) .
2 - في (أ) كذلك .
3 - الغيث المدرار ج٢(خ) .
4 - الأزهار - (١ / ٨٠).
5 - الغيث المدرار ج٢(خ).
6 - المرجع السابق.
7 - المرجع السابق.
8 - سقط من (ج) .
9 - شرح الأزهار - (٢ / ٤٧٩) .
10 - الأم - دار الفكر - (٧ / ٣٨٠) . والحاوي الكبير ــ للماوردي - (١٨ / ٧٢٩) .

الوفاة كالحرة [١]، وقال ح: ثلاث حيض في العتق وفي الوفاة [٢]، وكذا في الكافي عن زيد بن علي، والباقر والصادق والناصر [٣].

الحجة لنا تشبيه عتقها بالبيع فإن الاستبراء فيه بحيضتين حيضة على البائع، وحيضة على المشتري، وفي الآيسة والمنقطعة الحيض لعارض والحامل كما في البيع والجامع زوال الملك، وإنما ندبت الثالثة للوفاة لوجهين:

الأول: ما حكاه في الشفاء عن الشعبي عن علي عليلم: " أنه قال تعتد أم الولد إذا مات [عنها سيدها] [٤] ثلاث حيض" [٥]. فحملنا الثالثة على الاستحباب.

الثاني:[أن] [٦] عدة الوفاة لما خالفت عدة الطلاق في الحرة وجوباً، حكم[٧] بالمخالفة في هذه استحباباً.

قوله عليلم: "**والْمُعْتَقَةُ بِحَيْضَةٍ أو ما في حكمها لِلْوَطْءِ غالباً** " أي وتستبرأ الأمة إذا أعتقت ثم زوجت بحيضة إذا أراد زوجها وطأها، فأما العقد عليها فيجوز من دون الحيضة ولا فرق في ذلك بين المعتق وغيره كما يفيده إطلاق العبارة، والذي في حكم الحيضة شهرٌ للصغيرة والآيسة، وأربعة أشهر وعشر لمنقطعة الحيض لعارض، ووضع الحمل للحامل، والوجه في ذلك أنه يجب على مشتري الأمة أن تستبرئها للوطء، فكذا[٨] إذا اعتقها عقيب الشراء أو نحوه، إذ لا وجه لسقوط الاستبراء بالعتق .

وقوله غالباً احتراز مما إذا كان عتق المشتري ونحوه لها متراخياً عن ابتداء ملكه [لها] [٩] بحيث أنه قد مضى لها في ملكه قدر مدة الاستبراء، فإنه لا يجب أن تستبرئ لوطئه إياها بالنكاح عقيب عتقه، وهذا المشار إليه في الأزهار بقوله " عَقِيبَ شِرَاءٍ أَوْ[١٠] نَحْوِهِ ".[١١]

---

1 - **الحاوي الكبير (١٨ / ٧٢٩).**
2 - **بدائع الصنائع - (٣ / ١٩٣).و الحاوي الكبير (١٨ / ٧٢٩).**
3 - **شرح الأزهار - (٢ / ٤٧٩).ولم أعثر عليه في الكافي في شرح الوافي لأبي جعفر (خ).**
4 - **في (ج) تقديم وتأخير (سيدها عنها).**
5 - **شفاء الأوام - (٢ / ٢٩٨) وهو في سنن سعيد بن منصور)-باب ما جاء في عدة أم الولد -رقم١٢٨٣ (ج١/ص٣٤٥) وفي سنده الحارث وهو ضعيف. ينظر (مرقاة المفاتيح ج٦/ص٤٦٦).**
6 - **سقط من (أ،ب) .**
7 - **في (أ) حكمها .**
8 - **في (أ) وكذا .**
9 - **الزيادة من (أ،ج) .**
10 - **في (أ) ونحوه .**
11 - **الأزهار - (١ / ٨٠).**

وإنما عدل عن عبارة الأزهار للاختصار، ولإفادة ما في حكم الحيضة، وحذف قوله " بِالنِّكَاحِ"[١] لظهور أنّ وطء الأمة بعد عتقها إنما يكون بالنكاح، وهذا الذي ذكره هو المذهب.

وقيل [ع] [٢]:الأولى أنه لا يجوز لمعتق الأمة أن يعقد بها لغيره إلا بعد الاستبراء، لأن العقد للغير قبل العتق لا يجوز حتى تستبرأ فكذا[٣] بعده، واستقر به في الغيث وهو متجهٌ [٤].

وعند ح أنّ المعتقة لا يجب استبراؤها بعد العتق لا للعقد ولا للوطء. [٥]

وقال ش: يجب[٦/] للعقد والوطء [٧] .

قال أبو حامد[٨]: فإن كان قد استبرأها ليزوجها لم يجب استبراء [آخر] [٩] يعني بعد العتق هـ[١٠].

---

1 - المرجع السابق.
2 - الزيادة من (أ).
3 - في (أ) وكذا .
4 - الغيث المدرار ج٢(خ).
5 - رد المحتار - (٢٦ / ٤٢٣).
6 - نهاية ورقة ١٢٠ من (أ) .
7 - الحاوي في فقه الشافعي (٥ / ٢٧٤) .
8 - الجاجرمي، وقد سبق ترجمته .
9 - الزيادة من (ب) .
10 - المهذب (ج٢/ص٩١).

"فَصْــــــلٌ"

[الرجعة وما يتعلق بها]

وللمطلق رَجْعِيًّا مُرَاجَعَةُ مَنْ لَمْ تَنْقَضِ عِدَّتُهَا [غالباً][(١)]"

هذا الفصل في الرجعة وما يتعلق بها ويقال فيها رجعة، ورجعة بفتح الراء أو كسرها وهي مشروعة إجماعا، والأصل فيها قوله تعالى " **(** وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ **)**[(٢)] الآية .

ومن السنة مراجعته صلى الله عليه وآله [وسلم] [(٣)] حفصة قال في التلخيص، وفي الباب حديث ابن عباس ا عن عمر كان النبي صلى الله عليه وآله "طَلَّقَ حَفْصَةَ ثُمَّ رَاجَعَهَا" أخرجه أبو داود والنسائي وابن ماجة والحاكم [(٤)]، وأخرج له شاهداً من رواية أنس هـ [(٥)].

وأمره صلى الله عليه وآله وسلم ابن عمر أن يراجع زوجته[/٦] التي طلقها وهي حائض كما تقدم[(٧)] ونحو ذلك، ولفظها صريح وكناية، فالصريح راجعتك وما تصرف منه

---

1 - سقط من (أ) .

2 - البقرة:٢٢٨.

3 - الزيادة من (ب) وفي (ج) رمز بـــ صللم وآله .

4 - أخرجه أبو داود في سننه –كتاب النكاح-باب في المراجعة رقم٢٢٨٣(ج٢/ص٢٨٥). والنسائي في السنن الكبرى- كتاب الطلاق -باب الرجعة رقم٥٧٥٥ (ج٣/ص٤٠٣). وابن ماجه في سننه كِتَاب الطَّلَاقِ -بَاب حدثنا سُوَيْدُ بن سَعِيدٍ - رقم٢٠١٦ (ج١/ص٦٥٠). والحاكم في المستدرك- كتاب الطلاق- رقم٢٧٩٧(ج٢/ص٢١٥)، وقال هذا حديث صحيح على شرط الشيخين، ولم يخرجاه. وصححه الألباني في سلسلة الأحاديث الصحيحة(١/ ٨) .

5 - في المستدرك على الصحيحين - تسمية أزواج رسول الله r - باب ذكر أم المؤمنين حفصة بنت عمر بن الخطاب رضي الله عنهما -رقم٦٧٥٤ (ج٤/ص١٧).

6 - نهاية ورقة ١٢٧ من (ب).

7 - سبق تخريجه صــ٩٧ .

نحو ارتجعتك وارتجعنا [وتراجعنا] [1] وكذا رددتك لقوله تعالى **(** أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ **)**[2].

وأما أمسكتك فمحتمل وكذا نكحتك ونحوه، والكناية كأن يقول أعددت[3] الحل الكامل بيني وبينك، أو أدمت المعيشة بينا ورفعت التحريم ونحو ذلك.

قال الإمام ح: ولا تنعقد بالكناية وإن نواها كالنكاح، وقال ش: بل ينعقد بها كالطلاق[4].

قلنا: تشبيهها بالنكاح أولى لما سيأتي، وقوله وللمطلق يعني به الزوج سواء أوقع الطلاق بنفسه أو غيره بتمليك منه أو توكيل، إذ هو المطلق في الحقيقة فلا تصح الرجعة من سيد العبد لزوجته إذ ليس ببعلٍ .

وقد قال تعالى **(** وَبُعُولَتُهُنَّ [أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ] [5] **)**[6] الآية ولا من ولى مَن طلق ثم جنّ لذلك، ولصحة الرجعة أربعة شروط قد تضمنتها عبارة الأثمار، أولها: أن يكون المراجع المطلق، وهو الزوج كما تقدم.

وثانيها: أن يكون الطلاق رجعياً لا بايناً على الصحيح كما تقدم.

الثالث: أن يكون قبل انقضاء العدة كما سيأتي.

ورابعها: أن لا يرتد أحدهما [على الآخر] [7] قبل الرجعة على الأصح، وأن لا يراجع الزوج حال كونه [مكرهاً أو مجنوناً] [8] حيث راجعاً باللفظ فأما بالفعل فيصح على الصحيح، وهذا الرابع هو الذي احترز منه المؤلف عليلم بقوله غالباً .

وأما السكران فالخلاف في صحة رجعته باللفظ كالخلاف في صحة طلاقه، وأما بالوطء ونحوه فيصح على المذهب كالمجنون [9].

واحترز أيضاً بقوله غالباً من الرجعة المختلف فيها كرجعة من مضى عليها ثلاثة أطهار لا حيض، [و] [1] كالتي انقطع حيضها لعارض وقد مضت عليها ثلاثة أشهر، وكمن

---

1 - الزيادة من (ب) .
2 - البقرة:٢٢٨.
3 - في (أ) أعدت وفي (ج) كأعدت .
4 - البحر الزخار (٢٠٦/٤) والحاوي الكبير ــ للماوردي - (١٠ / ٧٦٣).
5 - الزيادة من (أ) .
6 - البقرة:٢٢٨.
7 - الزيادة من (ب) .
8 - في (ج) تقديم وتأخير " مجنوناً أو مكرهاً ".
9 - شرح الأزهار - (٢ / ٤٨١) .

لم يعلم بالطلاق حتى مضى قدر عدتها فإنه يصدق في حقهن أنّ الطلاق رجعي، ولما تنقض العدة عندنا، ومع ذلك فليس له الرجعة من دون رضا[٢] الزوجة أو حكم حاكم[٣] .

وأما الرجعة المجمع عليها وهي فيما عدا[٤] تلك الصور، فيصح وإن لم ترض الزوجة ولا وليها[٥] ومن دون حكم .وإنما عدل عن عبارة الأزهار للاختصار [٦].

قوله عليلم: " **وَيُعْتَبَرُ كَمَالِ الْغُسْلِ أَوْ مَا فِي حُكْمِهِ** " أي ويعتبر في انقضاء عدة الحائض كمال الغسل من الحيض، أو ما في حكم الغسل وهو أن تتيمم[٧] للعذر أو يمضي عليها وقت صلاة اضطراري بعد أن طهرت، فمتى لم تغتسل ولم يمض عليها هذا الوقت جاز لزوجها مراجعتها، لأنّ هذا من جملة العدة، وإن كان لم يبق من بدنها بلا غسل إلا شيء يسير.

وفي المسألة أربعة أقوال:

فالمذهب ما ذكر، وهو أن عدة الحائض لا تنقضي إلا بأن تغتسل من آخر حيضة أو تتيمم[٨] للعذر وإن لم تصل، أو بأن يمضي عليها وقت صلاة اضطراري، إذ خروج وقت المؤقت بمنزلة فعله لتعلقه به، وإذ القصد بالعدة الصلاحية للزوج ولا صلاحية قبل الغسل أو ما في حكمه هـ[٩].

القول الثاني: للمؤيد بالله والإمام ح وابن شبرمة[١٠]، ورواه في الكافي عن زيد بن علي أنّ النقاء كاف في انقضاء العدة من دون غسلٍ، ولا ما في حكمه، إذ الغسل إنما شرع للصلاة وحل الوطء [لا] [١١] للرجعة وقواه في البحر هـ[١٢].

القول الثالث: للثوري وزفر أنّ العدة لا تنقضي حتى تغتسل وإن طالت المدة.

---

1 - سقط من (أ) .
2 - في النسخ كتبت " رضا ".
3 - في (أ) الحاكم .
4 - في (أ) عدى .
5 - في (أ) وليائها .
6 - الأزهار - (١ / ٨٠).
7 - في (أ) تيمم .
8 - في النسخ " تيمم " .
9 - شرح الأزهار - (٢ / ٤٨٠) .
10 - هو عبد الله بن غبر لشمسبي القاضي فقيه الكوفة، روى عن أنس والتابعين ، قال أحمد العجلي كان عفيفا صارما عاقلا يشبه النساك شاعرا جوادا توفي سنة أربع وأربعين ومائة.(العبر في خبر من غبر لشمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي ٧٤٨هـ تحقيق د. صلاح الدين المنجد - مطبعة حكومة الكويت – ١٩٨٤م- الكويت(١ / ١٩٧).
11 - سقط من (أ) .
12 - البحر الزخار (٢٠٨/٤).

القول الرابع: لح[١] أنه إن انقطع حيضها لتمام العشر انقضت العدة بانقطاعه، وإن انقطع لدونها فبالغسل أو التيمم للعذر مع الصلاة بذلك[٢] التيمم، لنقصانه عن الغسل فيكمل بالصلاة أو يمضي عليها وقت صلاة كامل هـ[٣].

تنبيـــــهٌ: **واعـــــلم** أنه لا فرق عندنا بين أن يتيمم[٤] لصلاة أو لدخول مسجد أو قراءة أو

نحو ذلك [٥].

قيل ع: فإن تيممت لصلاة[٦] ثم وجدت الماء بعد الفراغ من الصلاة فبعد الوقت لا حكم لوجوده، وقبل خروج الوقت إن كان تيممها لنافله فلا رجعة، وأما إذا كان لفريضة كان لزوجها مراجعتها هكذا في الغيث هـ[٧].

مســــألة: ع و ط: وإذا أرتد أحدهما في العدة فلا رجعة لحصول البينونة، ولا تعود لعوده[٨] إلى الإسلام إذا بانت بنفس الردة .

م بالله والإمام ح وش: بل تعود إذ لا تبين إلا بانقضاء العدة.

قلنا: لا كلو طلقها ثلاثاً وإذاً للزم استئنافها أو سبق العدة على الفرقة، المزني يصح رجعتها حال ردتها، وتكون موقوفة على إسلامها في العدة هكذا في البحر هـ[٩]

قوله عليلم: " **بلفظ أَوْ مَا فِي حُكْمِهِ أو نحو وطء مع النية فيه ويقع به وإن لم يقع مع إثم المكلف** " يعني أنّ الرجعة تكون إما بلفظ وقد تقدم بيانه أول الباب، أو بما في حكم اللفظ كالكتابة وإشارة الأخرس المفهمة، وهذا من الزوايد، وقد ذكر في البحر أنها تصح من الأخرس كالنكاح فكذا تكون في الكتابة، وحذف من عبارة الأزهار " بِلَفْظِ الْعَاقِلِ غَالِبًا " [١٠] لفهم ذلك مما ذكره أول الباب.

---

1 - أي لأبي حنيفة.
2 - في (أ) لذلك .
3 - البحر الزخار (٢٠٨/٤)بتصرف، والمبسوط - (٥ / ٥)و (٢ / ١٢٥) وبداية المجتهد ونهاية المقتصد - (١ / ٤٦٨).و شرح الأزهار - (٢ / ٤٨١).
4 - في (أ) تيمم .
5 - شرح الأزهار - (٢ / ٤٨١).
6 - في (أ) للصلاة .
7 - الغيث المدرار ج٢(خ) وفي شرح الأزهار - (٢ / ٤٨١).
8 - في (أ، ج) بعوده.
9 - البحر الزخار (٢٠٨/٤) .
10 - الأزهار - (١ / ٨٠).

وأما بنحو الوطء وأراد بنحوه مقدماته، إذا كانت لشهوة كالتقبيل و[١]اللمس و[٢]النظر فإن كل واحدٍ منها يكون رجعة لا إذا فعل أيّ المقدمات [لا] [٣] لشهوة فإنها لا تكون رجعة، ولا فرق بين أن يقع الوطء أو أي مقدماته من عاقل، أو مجنون أو سكران أو نائم، ولا بين أن تكون الزوجة يقظى أو نائمة طائعة أومكرهة، أو حائض أو محرمة في أن ذلك يكون رجعة في جميع الوجوه المذكورة.

وقوله[٤]: "مع النية" أي مع وجوب نية الرجعة في الوطء، أو أي مقدماته، وقوله ويقع به وإن لم يقع معناه.

وتقع الرجعة بالوطء أو أي مقدماته، وإن لم تقع النية إذ النية واجبة، وليست بشرط في صحة الرجعة، وفي هذه العبارة إيهام التناقض، وهو كإيهام التضاد في صنعه البديع،[٥/] وقد تكرر مثله في عبارة الأثمار من دون تكلف، وذلك مما يورث الكلام البليغ حلاوةً ويزيده طلاوة.

وقوله "مع إثم المكلف" معناه أن المكلف إذا حصل منه الوطء أو أي مقدماته من دون نية الرجعة، صحت الرجعة بذلك، وكان إثماً لغرمه على قبيح، وعن أحمد تصح الرجعة ولا يأثم [٦].

وعن ح أنَّ التقبيل واللمس ونظر الفرج يكون رجعة، لا نظر سائر الجسد [٧].

وعن ك أنّ التقبيل لا يكون رجعة [٨]، وعند ش والإمام ح [٩/] لا تصح الرجعة بالوطء ولا أي مقدماته إذ الوطء محظورٌ فلا تحل به كالمختلعة [١٠].

قلنا: العدة مدة تخيير والاختيار يصح بالقول وبالفعل كما في خيار البيع، وعدة المختلعة ليست مدة تخيير فافترقا وصحت الرجعة بوطء غير العاقل، كإتلاف ما فيه خيار وصحت بمقدمات الوطء قياساً على تقبيل الأمة في مدة الخيار.

---

1 - في (أ) أ .
2 - في (أ) أ .
3 - سقط من (ج) .
4 - في (أ) زيادة كلمة "تعالى" بعد " قوله " .
5 - نهاية ورقة ١٢١ من (أ) .
6 - الإنصاف للمرداوي - (٩ / ١٥٥) .
7 - بدائع الصنائع - (٣ / ١٨٢) والبحر الزخار (٢٠٧/٤) .
8 - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - (٩ / ٢٩١). والبحر الزخار (٢٠٧/٤) .
9 - نهاية ورقة ١٢٨ من (ب).
10 - أسنى المطالب في شرح روض الطالب - (٣ / ٣٤٤) .

فـــــرع: وعلى القول بتحريم الرجعة بالوطء وعدم صحتها يلزمه المهر، ولا يتكرر بتكرر الوطء ما لم يتخلل تسليمه أو الحكم بوجوبه، ويسقط الحد ولو مع العلم بالتحريم إذ الخلاف شبهةٌ .

فـــــرعٌ: ولا تصح الرجعة بمجرد الخلوة، قال في الانتصار إجماعاً [١].

قلت: بل فيه خلاف ص بالله، والوجه في كون الخلوة لا تكون رجعة أنّ الرجعة حق للزوج فإذا تصادقا على أنه لم يمسّها لم يثبت حقه[٢]، وهو الرجعة [٣].

وأما وجوب العدة بالخلوة الصحيحة، فلأن العدة حقٌ لله تعالى فلا يسقط بتصادقهما على سقوطها، ولا خلاف في صحة الرجعة بلفظها الصريح وتصح من العبد وإن كره سيّده، وحال الحيض وفي السني والبدعي إذ لم يفصل الدليل .

قوله عليلم: " **وتصح مَشْرُوطَة ومُبْهَمَة ومُوَالَاة وَلَوْ لَهَا الإمام وموقوفة** ".

اعـــــلم: أنّ الرجعة لها شبه بالطلاق لكونها من توابعه وشبه بالنكاح وغيره، إذ ليست باستهلاك فحملت على كل منهما فيما شاركته من الأحكام في علته فحملت على الطلاق في صحتها من دون مراضاة، وإنما حذفه المؤلف لفهمه مما ذكره أول الباب، حيث أطلق العبارة بقوله وللمطلق إلى آخره، وفي صحتها مشروطة بوقت أو غيره، وسواء كان الشرط حالياً أم[٤] مستقبلاً نحو إذا جاء غدٌ، أو إذا جاء زيد فقد راجعتك ونحو ذلك، وكذا تصح مبهمة نحو أن يقول لزوجاته المطلقات قد راجعت إحداكن حملاً على الطلاق كما سبق، وإذا أوقع الرجعة مبهمة ألزمه الحاكم أن يعيّن، وقال ط لا تصح الرجعة المبهمة، وهو الأظهر من قولي م بالله [٥].

وأما حيث طلق إحدى زوجاته طلاقاً مبهماً، ثم قال من كانت طلقت منكن فقد راجعتها ونحو ذلك، فالأصح صحة هذه الرجعة اتفاقاً إذِ المراجعة هي المطلقة وهي واحدة، فلا إيهام خلاف ما في التذكرة [٦].

---

1 - **الانتصار على علماء الأمصار ج٥ (خ) وكذا في البحر الزخار (٢٠٧/٤) .**
2 - **في (ج) حقها .**
3 - **شرح الأزهار - (٢ / ٣٩٢).بنحوه.**
4 - **في (أ) أو .**
5 - **شرح الأزهار - (٢ / ٤١٤) .**
6 - **التذكرة الفاخرة (ص٢٩٩).**

وكذلك تصح مولاّةً حملاً على الطلاق أيضاً أمّا صحة[١] توكيل الغير بمراجعتها فلا خلاف فيه، وأمّا توكيلها بذلك فالمذهب صحته أيضاً كما في الطلاق، ولأن الرجعة استباحة للبضع فصارت كشراء الأمة حيث يوكلها بشرائها.

وأما عدم صحة توكيل المرأة بالنكاح فللخبر وقد تقدم، ووجه الفرق عظم الخطر في النكاح، ولذلك اعتبر فيه الولي والشهود وغيرهما.

وأما كون الرجعة تصح موقوفة على الإجازة على ما اختاره الإمام المهدي عليلم، وقواه المؤلف عليلم، فلأنها ليست باستهلاك بخلاف الطلاق والعتاق، فعلى هذا لو راجع فضولي امرأة غيره فأجاز الرجعة ذلك الغير صحت الرجعة لصحة الإجازة[٢].

قال في الغيث: " **نعـــم** [و] [٣]**الأقرب عندي** أنّ الإجازة تلحقها وهي وإن كانت مشبهة بالطلاق في حكم لم يلزم أن يثبت لها جميع أحكامه، وإنما يثبت لها من أحكامه ما شاركته في علته كما قلنا في صحة وقوعها مبهمة ومشروطة.

وأما سكون الإجازة لا تلحق الطلاق لكونه استهلاكاً فلم تشاركه الرجعة في هذه العلة، فلا تشاركه في الحكم الصادر منها ووجدناها مشابهة لسائر[٤] التصرفات التي تلحقها الإجازة من حيث كونها لفظاً يقتضي إباحةً بعد تحريم، فأشبهت الهبة ونحوها إلى آخر ما ذكره عليلم [٥].

قوله عليلم: "**وَيَجِبُ الْإِشْعَارُ وَيَحْرُمُ الضِّرَارِ** " أي [و] [٦]يجب على الزوج إذا راجع زوجته إشعارها بذلك، لئلا يقع منها زواج بعد انقضاء العدة إذا جهلت الرجعة، فلو راجعها خفية وأشهد على رجعتها فتزوجت ردت له ولزم الثاني مهرها إن وطئ، ويؤدب الزوج الأول وشهوده إن قصدوا الكتمان، ولا خلاف في وجوب إشعارها فإن لم يشعرها فتزوجت فالنكاح باطل على المذهب، فترد للأول كما تقدم [٧].

---

1 - في (أ) "في" بدل "صحة".
2 - شرح الأزهار - (٢ / ٤٨٣) بنحوه .
3 - الزيادة من (أ) .
4 - في (أ) سائر .
5 - الغيث المدرار ج٢(خ) .
6 - الزيادة من (أ،ج) .
7 - شرح الأزهار - (٢ / ٤٨٣) .

وقال الحسن البصري: إذا مضت العدة والمرأة لا تعلم فقد انقضت عدتها ولو راجعها قبل الانقضاء فلا تصح الرجعة، وقال ك إذا دخل بها الثاني جاهلاً لرجعة الأول فهي للثاني[١].

فائـــــدةٌ: قال في الانتصار" حكى عن ش[رضي الله عنه][٢]أنه قال اختلف عليّ وعمر رضي الله عنهما[٣]في ثلاث مسائل القياس فيهن مع علي، وبقوله أخذ الأولى منهنّ امرأة المفقود إذا غاب زوجها وانقطع عنها خبره، فقال عليٌّ عليلم هذه امرأة ابتليت فتصبر، وهو قول ش في الجديد [٤].

وقال عمر: يرفع أمرها إلى الحاكم ويضرب لها أربع سنين وتعتد بتسعة أشهر[٥] ثم تزوج،

وهذا قول ش في القديم [٦].

الثانيـــة: إذا طلق الرجل زوجته وغاب عنها وراجعها، وأشهد على رجعته إياها ولم تعلم المرأة بذلك ثم انقضت عدتها فتزوجت آخر فدخل بها وجاء الأول وادعى أنه راجعها، وأقام على ذلك بينةً فقال علي [عليلم] [٧]: أنها تكون زوجةً للأول، وهو محكيٌّ عن ش،[٨] وروي عن عمر أنه قال هي زوجه للثاني، وهو محكي عن ك [٩].

الثالثـــة: إذا وطئها الزوج في عدة من غيره، فهل تحل له؟ يعني من بعد بعقد صحيح أم لا ؟

فقال عليٌّ [عليلم] [١٠]: تحل له، وقال عمر: لا تحل له انتهى [١١].

وقولـــــه: ويحرم الضرار معناه أنه يحرم على الزوج قصد ضرار الزوجة بالرجعة، نحو أن يتركها إلى قريب انتهاء العدة ثم يراجعها ثم يطلقها ثم كذلك لتطول عليها العدة،

---

1 - بداية المجتهد - (٢ / ٦٩).
2 - الزيادة من (أ) ورمز بـــ رض~ في (ج).
3 - في (ب) رمز لرضي الله عنهما بـــ " رض~ " .
4 - الأم - دار الفكر - (٥ / ٢٥٧).و الحاوي الكبير للماوردي - (١١ / ٧١٤).و مغني المحتاج - (٣ / ٣٩٧).
5 - الصحيح من قول عمر: أربعة أشهر وعشرا وهو الموافق لظاهر الآية في عدة الوفاة. ينظر (دليل المحتاج شرح المنهاج للإمام النووي لفضيلة الشيخ رجب نوري مشوح - (٣ / ٢١٨).
6 - دليل المحتاج شرح المنهاج للإمام النووي لفضيلة الشيخ رجب نوري مشوح - (٣ / ٢١٨). ومغني المحتاج - (٣ / ٣٩٧).
7 - الزيادة من (أ،ج) .
8 - المجموع - (١٧ / ٢٧٤) بنحوه .
9 - المدونة - (٤ / ٤٥٢).
10 - الزيادة من (ج) .
11 - بداية المجتهد ونهاية المقتصد - (١ / ٤٣١).

فيمنعها بذلك من الزواج ولا خلاف في تحريم ذلك[1] لقوله تعالى(وَلَا تُضَارُّوهُنَّ)[2] ونحوها وقوله صلى الله عليه وآله " لا ضرار في الإسلام"[3] ونحوه [4].

مســألة: ولا يعتبر في الرجعة الإشهاد عند[5] القاسمية، وح وأصحابه وأحد قولي ش[6]، لقوله صلى الله عليه وآله في قصة ابن عمر مره" فليراجعها"[7] ولم يذكر الإشهاد.

وقال[8] الناصر وهو أحد قولي ش: يجب الإشهاد لقوله تعالى فأمسكوهن بمعروف إلى قوله (وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ)[9] والأمر للوجوب [10].

قلنا: هو عائد إلى التسريح مخافة الإنكار استحباباً وكذا[11] يستحب هنا ولا تشترط النية حيث راجع باللفظ الصريح خلاف ك وإسحاق فقالا: يشترط لحديث "الأعمال بالنيات"[12] [13].

قال في البحر: قلنا مخصوص بالآية وقوله صلى الله عليه وآله "فليراجعها"[14] ولم يذكر النية، وبالقياس[15] على صرائح العقود والله أعلم هــ[16].

---

1 - في (ب) كررت مرتين .
2 - الطلاق: ٦.
3 - المعجم الأوسط لأبي القاسم سليمان بن أحمد الطبراني - باب من اسمه محمد - رقم٥١٩٣ - دار الحرمين - القاهرة ، ١٤١٥ - تحقيق : طارق بن عوض الله، وعبد المحسن الحسيني(ج٥ / ٢٣٨).
4 -بلفظ "لا ضرر ولا ضرار من ضار ضره الله ومن شاق شق الله عليه "أخرجه البيهقي في السنن الكبرى- كتاب الحجر - باب لا ضرر ولا ضرار -رقم١١١٦٦(٦ / ٦٩). و ابن ماجه في سننه - كِتَاب الْأَحْكَامِ - بَاب من بَنَى في حَقِّهِ ما يَضُرُّ بِجَارِهِ - رقم٢٣٤١(ج٢/ص٧٨٤). والحاكم في المستدرك على الصحيحين-كتاب البيوع- رقم ٢٣٤٥(ج٢/ص٦٦). وصححه الألباني في الإرواء - (٣ / ٤٠٨) .
5 - نهاية ورقة ١٢٢ من (أ) .
6 - كتاب التحرير (١ / ٣٤٢).و العناية شرح الهداية - (٥ / ٤٠٠).
7 -سبق تخريجه ص ٩٧.
8 -نهاية ورقة ١٢٩ من (ب).
9 - الطلاق: ٢.
10 - إعانة الطالبين - (٤ / ٣٦).و بداية المجتهد ونهاية المقتصد - (١ / ٤٦٣).
11 - في(ب) وكذلك .
12 - سبق تخريجه ص٧٧ .
13 - التاج والإكليل لمختصر خليل - (٦ / ١٣٠)و بداية المجتهد ونهاية المقتصد - (١ / ٤٦٣) .
14 - سبق تخريجه ص٩٧ .
15 - في(أ) والقياس .
16 - البحر الزخار (٢٠٨/٤) .

"فَصْــــــلٌ"

[اختلاف الزوجين في الطلاق والرجعة]

وَالْقَوْلُ لِمُنْكِرِ خلاف الأصل غَالِبًا وَلِتَمْتَنِعَ[١] مَعَ الْقَطْعِ ".

هذا الفصل في بيان اختلاف الزوجين في الطلاق والرجعة وضابط ذلك أنّ القول لمن أنكر خلاف الأصل [منهما] [٢] والبينة على المدعي[منهما] [٣] لذلك .

[وقد] [٤]اشتمل الضابط المذكور على صورٍ منها:

أن يدعي أحد الزوجين أنّ الطلاق رجعي، وقال الآخر بل هو باينٌ فإن القول لمنكر الباين، والبينة على مدعيه لأن الباين إما بتثليث[٥] أو[٦] بعوض، والأصل عدمهما وعلى[٧] مدعي ذلك البينة، وأما قبل الدخول فالقول قول الزوج إذا أنكر الطلاق قبل الدخول إذ

---

1 - في(ب،ج) وتمتنع.
2 - الزيادة من (أ،ج) .
3 - الزيادة من (أ) .
4 - الزيادة من (ب،ج) .
5 - في (أوب) بثليث.
6 - في (أ) وإما.
7 - في (ب،ج) فعلى .

الأصل عدمه، فإن كانت هي المنكرة للطلاق قبل الدخول والزوج يدعي أنه قد كان طلق لتسقط عنه الحقوق في الماضي، فالقول قولها إذ الأصل عدم الطلاق ولزوم الحقوق. هـــ

ومنها: أن يختلفا في وقوع الطلاق في الماضي، فإن القول لمنكر وقوعه في الماضي منهما إذ الأصل عدم ذلك.

وكذا حيث اختلفا في وقوعه في الحال إن كان المنكر لذلك هو الزوج، فأما حيث كان هو المدعي لذلك فدعواه إقرار، والإقرار بالطلاق طلاق كما تقدم، وإنما يكون القول للزوجة حيث أنكرت وقوعه في الماضي بالنظر إلى الحقوق الواجبة عليه لها، فأما بالنظر إلى حل الوطء فلا لما ذكرناه من أن إقراره بالطلاق طلاق مطلقاً.

ومنها: أن يختلفا هل الطلاق مطلق، أو مقيد بشرط أو وقت؟ فإن القول لمنكر تقييده، مثال ذلك أن يقول طلقتك بشرط أن يجئ زيد أو أن تدخلي الدار، وتقول هي بل الطلاق مطلق غير مقيد بذلك فإن القول لها وفي العكس القول له، لأنهما قد اتفقا في وقوع الطلاق واختلفا في تقييده، والأصل[1] عدم التقييد فيكون القول لمن أنكره منهما والبينة على الآخر هـــ.

ومنها: أن يتفقا على أن الطلاق وقع مشروطاً، لكن اختلفا في حصول الشرط نحو أن يتفقا على أنه مشروط بدخولها الدار ثم اختلفا في حصول الدخول منها، فإن القول لمنكر حصوله منهما لأن الأصل عدمه والبينة على الآخر، وهذا حيث كان الشرط مما يمكن إقامة البينة عليه كدخول الدار، وأما ما لا يمكن إقامة البينة عليه كالمشية والاحتلام، فإن القول قولها في ذلك إذ لا يعلمان إلا من جهتها.

وكذا حيث كان الشرط حيضها على ما ذكره م بالله وهو المصحح للمذهب، إذ إقامة البينة عليه في حكم المتعذر وأما حيث جعل شرط إحدى زوجتيه حيض الأخرى، فإنه لا يقبل قولها في حصوله، وإنما يقبل في حق نفسها [فقط] [٢].

قيل ح: وهذا حيث تدعى حصول الحيض في مدة ممكنة معتادة كبنت خمس عشرة سنة، فأما في غير المعتادة فعليها البينة، وحيث علق طلاقها بولادتها فادعت أنها قد ولدت فالصحيح أنها تبين بعدله، وتثبت بشهادتها نسب الولد وسائر الأحكام على جهة التبعية[٣]للولادة.

---

1 - في (أ) فالأصل .

2 - الزيادة من (أ) .

3 - في (ج) "البدعية ".

وقال ش: تبين بأربع نسوة، وقال ك باثنتين، وقال ن[١]: لا تقبل شهادة النساء القوابل بل لا بد من الشهادة على إقرار الزوج، يعني في النسب وسائر الأحكام التابعة [له] [٢][٣].

وعن الحنفية روايتان: إحداهما كقولنا، والأخرى تقبل شهادة العدلة بالولادة في انقضاء العدة لا في ثبوت النسب [٤].

وخّرج[٥]علي خليل للمؤيد والأمير الحسين للهادوية، أن الحيض كالولادة في أنه لا يقبل قولها فيه بل تبين بعدلة كما في الولادة [٦].

واحترز المؤلف [عليلم] [٧] بقوله غالباً عن إنكارها وقوع التثليث حيث يكون هو المدعى له، فإن القول قوله في ذلك وإن كان خلاف الأصل لأن الطلاق بيده وعن الشرط الذي لا يعرف حصوله إلا من جهتها كما تقدم، فإن القول لها في حصوله وإن كان خلاف الأصل لتعذر إقامة البينة عليه هـ.

ومن الصور التي شملها الضابط المتقدم ذكره، أن يختلفا في مجازيّه الشرط، مثاله أن يقول لها: إن[٨] دخلت الدار فأنت طالق فدخلت، وقالت طلقت بوقوع الشرط فقال إني أردت إن دخلت فيما مضى، وقالت بل في المستقبل فالقول قولها[٩] لأن الشرط حقيقة في الاستقبال ومجاز في الماضي بلا خلاف هـ.

قيــل: ومنها أن يتفقا في الشرط ويختلفا في الصفة هل شرطت أم لا، نحو أن يدعي الزوج أنه شرط دخولها الدار راكبة أو صلاتها قائمة أو نحوهما وأنكرت ذلك، فإن القول لها لأنه يدعي زيادة على الشرط والأصل عدمها هـ.

---

1 - في (ب) "الناصر".
2 - الزيادة من (ب) .
3 - الأم - (٥ / ٢٣٦)والبحر الزخار (٢٠٩/٤) .
4 - الاختيار لتعليل المختار - (٣ / ١٩٦). ومجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر - (٢ / ١٦٤).
5 - في (أ) تخريج .
6 - هو الأمير الحسين بن محمد بن أحمد الناطق بالحق أبو طالب من أعلام العترة الميامين ومن علمائهم المبرزين، له من التصانيف ما يدل على علمه الغزير، حتى قيل إنه أبو طالب وقته. صنف في الفقه كتاب (المدخل) وكتاب (الذريعة) و(التقرير) ستة أجزاء، و(شفاء الأوام) أربعة أجزاء، كانت وفاته بعد قيام أخيه، وذلك إما في سنة اثنتين أو ثلاث وستين وست مائة، وعمر نيف وستون سنة، انتهى .(مطلع البدور ومجمع البحور (٢ / ١٨٤).
7 - الزيادة من (أ) .
8 - في(أ) إذا.
9 - في (أ) لها .

ومنها: أن يختلفا في تعدد الشرط وعدمه، نحو أن يقول شرطت دخول الدار والخروج منها، وتقول المرأة بل الدخول فقط أو يقول شرطت دخول الدارين، وتقول هي بل إحداهما ونحو ذلك، فإن القول في ذلك لها والبينة عليه كذا[1] قيل، والله أعلم.

فائـــــدةٌ: لو قال الزوج إن رددت عليّ وديعتي التي عندك فأنت طالق ثم ادعت ردها عليه، فإنه يقبل قولها في الرد بالنظر إلى براءة ذمتها من الوديعة لا في وقوع الطلاق، لأن رد الوديعة مما يمكن البينة عليه والأصل عدمه، حكى معنى ذلك عن علي خليل هــ[2].

وقوله عليلم: " **وَلِتَمْتَنِعَ** [3] **مَعَ الْقَطْعِ** " يعني حيث ادعت الزوجة كون الطلاق باينا[4/] وأنكر الزوج ذلك فإن القول له كما تقدم لكن يجب عليها أن تمتنع منه مع القطع بالتحريم، وإنما يحصل القطع بالتحريم بأحد أمور ثلاثة :

الأول: أن يعرف أنه باين بالإجماع كالتثليث المجمع عليه وكالطلاق قبل الدخول بخلاف الخلع [5/]، إذ فيه خلاف أبي ثور هــ.

الأمر الثاني: أن يطلقها طلاقاً مختلفاً في كونه باينا، ومذهب الزوج أنه باين وهو عارف أنه مذهبه وهو باق عليه [و] [6]غير ناسٍ له، فإنه يلزمها الامتناع منه، ولو أجبرها الحاكم حيث لا بينة لها، فإذا حصل أحد هذين الأمرين وجب عليها الامتناع منه ومدافعته ولو بقتله، حيث لم يندفع [إلا به] [7]هــ.

الأمر الثالث: أن يكون مذهبها أنّ الطلاق باين ويعلم يقيناً كون مذهبها ذلك، فإنه يحرم عليها تمكينه من نفسها قطعاً إذا لم يجبرها الحاكم على ذلك، ويجب عليها الامتناع منه ومدافعته.

قيل: لكن لا يجوز لها قتله في هذه الصورة.

قال في الغيث: وفي ذلك نظر لأن تمكينها إياه من نفسها محظورٌ، وإلزامه إياها مذهبه محظور فلا يبعد أنّ لها دفعه بالقتل، وهكذا لو علمت يقيناً أنّ بينهما رضاعاً وأنكر الزوج،

---

1 - في (أ) هكذا .
2 - علي خليل (خ) .
3 - في (أ) تمتنع .
4 - نهاية ورقة ١٣٠ من (ب).
5 - نهاية ورقة ١٢٣ من (أ) .
6 - الزيادة من (ب) .
7 - في(أ) بدونه .

وقال ص بالله: يجب عليها الامتثال والتسليم لما حكم به الحاكم ظاهراً وباطناً اتفاقاً والله أعلم(١).

وحيث كان مذهبه الجواز ومذهبها التحريم ولم تمنعه نفسها لا يحل له مداناتها إلا بعد حكم حاكم، إذ يكون فعله سبباً في فعلها المحظور .

قوله عليلم: " **ولِلزَّوْجِ فِي نحو ماهية الشرط** "أراد بنحو الماهية الكيفية والصفة.

فمثال الماهية أن يقول أحدهما: الشرط دخول الدار، ويقول الآخر بل كلام زيد أو نحو ذلك.

ومثال الكيفية أن يقول احدهما: الشرط دخول دار زيد، ويقول الآخر بل دار عمرو أو نحو ذلك على ما ذكره في الغيث (٢)، وقواه المؤلف خلاف ما في التذكرة (٣).

وأما الصفة [فقيل] (٤) مثالها أن يقول احدهما: الشرط دخول الدار ماشيةً، ويقول الآخر راكبة ونحو ذلك.

والأظهر أنّ مثل هذا داخل في الكيفية، وإنما كان القول للزوج في جميع ذلك

قال(٥)علي خليل: لأنهما اتفقا أنه كان مشروطاً، وادعت المرأة على الزوج شرطاً ينكره.

وقال في الغيث: إنما كان القول قول الزوج في كيفية الشرط لأنه إذا خالفها في الكيفية فهو في حكم المنكر لوقوع الشرط الذي قيد به الطلاق، والأصل عدم وقوعه فالقول قوله انتهى هـ(٦).

نعـــم :قد جعل في التذكرة وغيرها كون الشرط دخول دار زيد أو دار عمرٍ مثالاً للماهية، وجعله في الغيث مثالاً للكيفية، وصححه المؤلف عليلم إذ قد اتفقا على ماهية الشرط، وهو الدخول واختلفا في كيفيته، وإنما يكون الاختلاف في ماهية الشرط حيث لم يتفقا على شيء، بل اختلفا من أول وهلةٍ هل الشرط الدخول أو الخروج أو نحو ذلك ؟

---

1 - الغيث المدرار ج٢(خ) .
2 - المرجع السابق.
3 - التذكرة الفاخرة(٣٠٠).
4 - الزيادة من (ب،ج) .
5 - في(أ) فقال .
6 - الغيث المدرار ج٢(خ).

هذا حاصل ما نقل عن المؤلف عليلم، وإنما عدل عن عبارة الأزهار لقصد إفادة العموم، ولأن عبارة الأزهار توهم أنه لا يكون القول للزوج إلا في كيفية الشرط فقط[1]، إذ هو مفهوم اللقب منها هكذا في شرح الأثمار هـ.

ويتفرع على ما سبق ذكره في هذا الفصل فروع لا[2] بأس بإيراد ما سنح منها والله الموفق هـ.

فـــرع: لو أقر الزوج بالبينونة ثم رجع عن ذلك فلا حكم لرجوعه ولو صادقته على عدم صحة إقراره على المذهب، خلاف أحد قولي م بالله [3].

وقال المنصور بالله و ح: يقبل رجوعه إذا قال غلطت أو نسيت، قال ص بالله بشرط أن يكون عدلاً، فأما لو قامت الشهادة حسبةً على إقراره بذلك وأنكر هو والزوجة فلا حكم لإنكارهما لئلا[4] يلزم تكذيب الشهود، وحيث أقرّ الزوج بالطلاق الباين ثم فسره بالخلع أو بالطلاق قبل الدخول، يقبل قوله حيث لم تقم بينة بخلافه هـ [5].

فـــرع: وحيث ادعى أنه طلقها على عوض وأنكرت ثبت الطلاق بإقراره، فإن بـيّن بالعوض أو نكلت عن اليمين استحقه عليها وإن لم تبين وحلفها كان الطلاق بايناً في حقه رجعياً في حقها، فإن مات قبل انقضاء عدتها ورثته لا العكس، وإن راجعها منع منها ومنعت من نكاح غيره، ولو كان العوض عبداً معيباً فاعتقه ثم قتله لزمته قيمته لها وديته لورثته هـ.

فـــرعٌ: وإذا اختلفا في حصول الشرط الذي الأصل حصوله، نحو أن يقول إن لم تدخلي الدار اليوم فأنت طالق ومضى اليوم فقالت لم أدخل فقد طلقت، وقال بل دخلت فلم تطلقي فإن البيّنة عليه على أصل الهادي عليلم إذ الأصل عدم الدخول،وعلى أصل م بالله البينة عليها لأنّ الأصل عدم الطلاق، وتصح بينتها وإن كانت على النفي لاستنادها إلى العلم[6].

وكذا يأتي حيث قال إن سافرت بغير رضاك ثم سافر واختلفا هـ.

---

1 -عبارة الأزهار (ولِلزَّوْجِ فِي كَيْفِيَّتِهِ) الأزهار - (١ / ٨١).

2 - في(أ) اضافة " و" قبل " لا ".

3 - البيان الشافي لابن مظفر(٣٤٨/٢) .

4 - في(ب) ليلا .

5 - البيان الشافي لابن مظفر(٣٤٨/٢) .

6 - البيان الشافي لابن مظفر(٣٥٠/٢) .

فـــــرعٌ: وإذا أخبره[1] مخبرٌ[2] بحصول شرط الطلاق فإن لم يظن صدقه لم يلزمه العمل به ديناً ولا شرعاً، وإن ظن صدقه لزمه ديناً لا شرعاً إلا أن يقر بأنه ظن صدقه لزمه شرعاً أيضاً[3]، وإن ادعت أنه ظن صدقه [وأنكر] [4]لزمته اليمين فإن نكل لزمه شرعاً خلاف المنصور بالله [5].

فـــــرعٌ: وإن[6] صادقته على صرف الطلاق الصريح لا يعترضان ذكره في التذكرة[7].

قوله عليلم " **ولمن سَبَقَ فِي إنكار الرَّجْعَةِ قبل التَّصَادُقِ عَلَى انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ [الْمُعْتَادَةِ]**[8] "يعني أن الزوجين إذا اختلفا في وقوع الرجعة حيث الطلاق رجعي، فادعاه الزوج وأنكرته الزوجة وكان تداعيهما قبل أن يتصادقا على انقضاء مدة العدة، فإن القول لمن سبق منهما فحيث سبق[9] الزوج بالرجعة أو دعواها قبل أن تدعي المرأة انقضاء عدتها، يكون القول قوله وعليها البينة بانقضاء العدة [/10] قبل أن يراجع أو يدعي الرجعة، [لأن دعواه للرجعة رجعة والأصل عدم الانقضاء وإن سبقت الزوجة بدعوى الانقضاء قبل أن يراجع أو يدعي الرجعة] [11]

فالقول لها إذ الظاهر معها [12]، فإن اتفق كلامهما في حالة واحدة، فقيل: القول لها أيضاً[13]، وعن المزني يقرع بينهما، وهذا حيث تكون المدة التي قد مضت تعتاد انقضاء العدة في مثلها كثلاثة أشهر حيث كانت العدة بالحيض، وأما حيث وقع التداعي بعد تصادقهما على انقضاء العدة فلا يكون القول[/14] لمن سبق منهما كما أفاده المفهوم بل لمنكر الرجعة منهما، كما دل عليه منطوق قوله في أول الفصل، والقول لمنكر خلاف الأصل .

---

1 - في (أ، ب)"أجبره "والصحيح ما أثبته كما في النسخة (ج).
2 - في (أ،ب)"مجبر "والصحيح ما أثبته كما في النسخة (ج) .
3 - في (أ) كررت بعد أيضا هذه العبارة . [فإن ادعت أنه ظن صدقه وأنكر لزمته اليمين فإن نكل لزمه شرعاً أيضاً] .
4 - الزيادة من (أ) .
5 - البيان الشافي لابن مظفر(٣٥٢/٢) .
6 - في(أ) "وحيث" بدل "وإن ".
7 - التذكرة الفاخرة (ص٣٠٠).
8 - سقط من (أ) .
9 - في (ب) "يسبق" .
10 - نهاية ورقة ١٣١ من (ب).
11 - سقط من (ج) .
12 - شرح الأزهار - (٢ / ٤٨٧) .
13 - البيان الشافي لابن مظفر(٣٥٣/٢) . .
14 - نهاية ورقة ١٢٤ من (أ) .

قوله عليلم:" **ثم لِلزَّوْجِ فِي النَّادِرَةِ** "أي ثم إذا كانت المدة التي قد مضت من يوم الطلاق، لا تعتاد انقضاء العدة في مثلها، وإنما يقع ذلك في النادر، وادعى الزوج الرجعة في تلك الحال، وادعت الزوجة انقضاء عدتها، فإن القول للزوج في هذه الصورة إذا الظاهر معه فإن بينت الزوجة بأن العدة قد كانت انقضت بطلت الرجعة وإن لم تبين بذلك صحت الرجعة، وهذا التفصيل هو المصحح للمذهب، وهو قول ط وأبي يوسف ومحمد.[١]

وقال في الزوايد: "إن كانت المدة ممكنه غير معتادة فالقول قول الزوج تقدم أم تأخر ولا حكم لقولها، وإن كانت معتادة كثلاثة أشهر فالقول قولها ولا حكم لكلامه تقدم أو تأخر، هكذا حكاه في الغيث والزهور عن الزوائد[٢] خلاف ما حكاه عنه في التذكرة [٣].

وعن ح وأبي جعفر والتقرير إن كانت المدة معتادة فالقول قول الزوجة، وإن كانت غير معتادة فالقول قول من سبق، وعن ص بالله: القول للزوجة في المعتادة، وللزوج في غير المعتادة [٤].

والمراد بالممكنة غير المعتادة ما كان من تسعة وعشرين يوماً قيل إلى خمسين يوماً، وهي المراد بالنادرة وأقل المعتاد شهران[٥]، والأغلب في الشهر مرة، وغير الممكنة كثمانية وعشرين يوماً فما دونها فلا تصح دعواها ولا البينة عليها، وإذا اختلفا في مضي المدة المعتادة فالبينة على من ادعاه برجلين أو رجل[٦] وامرأتين، وإذا ادعى الزوج بعد انقضاء العدة أنه قد كان راجع فيها فعليه البينة بذلك، فإن لم تبين حلفت إن طلب اليمين منها ويكون[٧] يمينها على العلم إذ هو على فعل غيرها، قيل ذكره م بالله والفقيه س [٨].

وقال الأمير ح[٩] والفقيه ح: بل يحلف على القطع لأن اليمين وجبت عليها من الأصل لا من جهة غيرها [١٠].

---

1 - البيان الشافي لابن مظفر(٢/٣٥٤) .

2 - كتبت في المخطوط الزوايد بالياء وكذا في بقية المخطوط.

3 - الغيث المدرار ج٢(خ) والزهور المشرقة على اللمع للفقيه يوسف بن أحمد بن محمد عثمان الثلاثي المتوفى (٨٣٢هـ) (خ)والتذكرة الفاخرة (ص٣٠١) والزوايد للشيخ محمد الجيلي الناصري وقد نسبت لأبي جعفر خطأً(خ).

4 -البيان الشافي لابن مظفر(٢/٣٥٤) .

5 - في (ب) شهرين.

6 - في (أ) برجل .

7 - في(أ) وتكون.

8 - البيان الشافي لابن مظفر(٢/٣٥٠) والتذكرة الفاخرة (٣٠١).

9 - يرمز له في المخطوط أحيانا بـــالأمير ي . وهو الأمير الحسين وقد سبقت ترجمته .

10 - البيان الشافي لابن مظفر(٢/٣٥٢) . .

قال في شرح الأثمار: وحذف قوله في الأزهار "ولِمُنْكِرِ مُضيِّهَا غَالبًا" [١] لدخول معنى ذلك في عبارة الأثمار، لأن المدعي لمضيها إن كان هو الزوج كان القول قولها، وهو المراد بما سيأتي وإن كان المدعي الزوجة كان القول قولها على ما تقدم من التفصيل من أن القول للزوج في النادرة، وفي المعتادة إن سبق فتأمل ذلك انتهى هـــ.

قوله عليلم: " وإذا ادعى الزَّوْجِ انْقِضَاءَ العدة بالأقراء، المذاكرون حَلَفَتْ فِي دَعْوَى انْقِضَاءَ الْحَيْضِ الْآخَرِ كُلَّ يَوْمٍ مَرَّةً وفِي إنْكَارِهَا الْجُمْلَةَ كُلَّ شَهْرٍ مَرَّةً ".

اعلـــم: أن البينة على انقضاء العدة بالأشهر تكون برجلين أو برجل[٢] وامرأتين، وسواء كان المدعي لذلك هو الزوج أم الزوجة، وأما على انقضائها بالولادة فيكفي في ذلك شهادة عدلة على المذهب كما تقدم مع اليمين المؤكدة إن طلبت، ولا بد أن تشهد العدلة أنها شاهدت خروج ما تبينت خلقته من فرجها، ولا يكفي أنها شاهدته[٣] بين خرقها[٤] أو على فراشها، وأما البينة على انقضاء العدة بالحيض في النادرة على القول بذلك، فيكفي شهادة عدلة على المذهب،[٥] ولا بد أن يشهد [على] [٦]أنها شاهدت خروج الدم من قبلها في أول كل حيضة وآخرها، وعلى تخلل طهرين كاملين [بين ثلاث الحيض] [٧] مع اليمين المؤكدة كما في الولادة، ولا تكفي مشاهدة الدم في بدنها وثيابها وفراشها.

قيل ف: وهذا فيه حرجٌ لأنه لا يمكن العدلة الشهادة على الطهرين، إلا إذا كانت لا تزال ناظرة إلى فرج المعتدة من أول يوم في الطهر إلى آخر اليوم العاشر، وذلك غير ممكن.

وعن الإمام المهدي عليلم أن الظن يكفي في ذلك، وهو يحصل بمشاهدة العدلة خروج القصة البيضاء من الرحم بعد دم الحيض كما ورد في الحديث، وأما العلم بكمال الطهر فلا يمكن العدلة [٨].

قلـــت: والحديث هو ما أخرجه عن مرجانة[٩]مَوْلاَةِ عَائِشَةَ[أُمِّ الْمُؤْمِنِينَ أنها] [١] قالت كان النِّسَاءُ يَبْعَثْنَ إلى عَائِشَةَ [أُمِّ الْمُؤْمِنِينَ][٢]بِالدِّرَجَةِ فيها الْكُرْسُفُ فيه الصُّفْرَةُ من دَمِ الْحَيْضِ

1 - الأزهار - (١ / ٨١).
2 - في (أ، ج) رجل.
3 - في (أ) شاهدتها .
4 - في (ب) حرفها.
5 - شرح الأزهار - (٤ / ١٨٦).
6 - الزيادة من (أ) .
7 - في (أ) "بثلاث حيض" بدل ما بين المعقوفين.
8 - البيان الشافي لابن مظفر (٣٥٤/٢).
9 - هي مرجانة أم علقمة بنت أبى علقمة تروى عن عائشة روى عنها علقمة بن علقمة. الثقات لابن حبان - (٥ / ٤٦٦).

الْحَيْض يَسْأَلْنَهَا عَنِ الصَّلاَةِ فَتَقُولُ لَهُنَّ لاَ تَعْجَلْنَ حتى تَرَيْنَ الْقَصَّةَ الْبَيْضَاءَ تُرِيدُ بِذَلِكَ الطُّهْرَ مِنَ الْحَيْضَةِ انتهى [٣]، هكذا موقوفاً على عائشة.

فائـــــدةٌ: الدِّرَجَة بكسر الدال وفتح الراء المهملتين ثم جيم جمع درْج بسكون[٤] الراء، وهو إناء صغير تجعل فيه المرأة ما خف من متاعها، والكرسف العطب،والقصة بفتح القاف وتشديد الصاد المهملة، هو الجص المعروف [٥].

والمراد بها في الحديث المذكور، أن تخرج القطنة أو الخرقة التي تحشي بها الحائض، كأنها قصة بيضاء لا يخالطها صفرة .

وقيل: القصة شيء كالخيط الأبيض، تخرج بعد انقطاع الدم كله ذكر معنى ذلك في النهاية هـ[٦].

نعـــــم: وإذا كان المدعي لانقضاء العدة هو الزوج أو ورثته لتسقط عنهم النفقة، أو لئلا ترث منه، ففي الأشهر والولادة البينة عليهم كما مر.

وفي الحيض قال في الكافي:"البينة عليهم بعدلةٍ في الحيض، أو بعدلين على إقرارها، وقال ص بالله: القول لهم[٧] في المدة المعتادة[٨].

قال ابن مظفر[٩] في بيانه ما لفظه: " وحيث المدعي لانقضاء العدة -يعني بالأقراء- الزوج وأراد تحليفها عليه، فحيث تدعي دخولها في الحيضة الأولى أو خروجها منها أو دخولها في الحيضة الثانية، أو خروجها منها لا يستحق اليمين عليها فيه، لأن غاية العدة لا تعرف بذلك، وحيث يدعي دخولها في الحيضة الثالثة وتنكره، فله تحليفها [في] [١٠] كل يوم وحيث يدعي انقضاء الحيضة الثالثة، فإن[١١] أنكرت الحيض[1/] الثلاث كلها حلفها مرة

---

1 - سقط من المخطوط .

2 - سقط من المخطوط .

3 - أخرجه البخاري في صحيحه -كِتَاب الْحَيْضِ -بَاب إِقْبَالِ الْمَحِيضِ وَإِدْبَارِهِ-(ج١/ص١٢١)و مالك في الموطأ - كِتَاب وقوت الصَّلاة - باب طُهْرِ الْحَائِضِ - رقم١٢٨ واللفظ له(ج١/ص٥٩) .

4 - في (أ) بكسر.

5 - تنوير الحوالك شرح موطأ مالك - لعبدالرحمن بن أبي بكر أبي الفضل السيوطي، - المكتبة التجارية الكبرى - مصر – ١٣٨٩هـ – ١٩٦٩م(ج١/ص٦٠) بنحوه.

6 - النهاية في غريب الحديث و الأثر لأبي السعادات المبارك بن محمد الجزري، -: المكتبة العلمية - بيروت - ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م، تحقيق: طاهر أحمد الزاوى - محمود محمد الطناحي(ج٤/ص٧١)..

7 - في البيان الشافي (٣٥٤/٢)"قولهم".

8 - الكافي في شرح الوافي (خ). عبر البيان الشافي (٣٥٤/٢).

9 - هو يحيى بن أحمد بن مظفر، القاضي عماد الدين، العلامة، كان عارفاً مجوداً، له من التأليف (البيان)، و(الكواكب على التذكرة)، و(التبيان) وغير ذلك، توفي سنة خمس وسبعين وثمانمائة..(طبقات الزيدية الكبرى (القسم الثالث) - (٣ / ٨٥).

10 - سقط من المخطوط .

11 - في (ب) " فإذا" والصحيح ما أثبته.

حينئذٍ ثم لا يحلفها إلا بعد تسعة وعشرين يوماً، وإن أقرت بحيضة فقط حلفها مرة حينئذ ثم لا يحلفها إلا بعد ستة عشر يوماً، وإن أقرت بحيضتين دون الثالثة حلفها حينئذ ثم لا يحلفها إلا بعد ثلاثة أيام ثم كذلك بعد كل ثلاثة أيام، وإن أقرت أنها في الحيضة الثالثة وما طهرت منها حلفها [في][٢] كل يوم إلى كمال الحيضة عشرة أيام، ذكر ذلك كله المهدي أحمد بن يحيى عليلم" انتهى هـ[٣].

وقد تضمنت هذه الجملة ما أفادته عبارة الأثمار مفصلاً.

وإنما صرح المؤلف عليلم باسم المذاكرين فيما نسب إليهم، لضعف إطلاقهم ذلك عنده، ورجح أنّ ذلك يرجع إلى اجتهاد الحاكم فيما يظهر له من قرائن أحوال[٤/] الزوجين، فيعمل بحسب ذلك في التحليف، فإن لم يظهر للحاكم شيء من ذلك عمل بما نسب إلى المذاكرين على التفصيل المذكور، لا بما[٥] يقتضيه ظاهر عبارة التذكرة إذ لا وجه له، والله أعلم هـ.

فـــــرع :ولا يقبل على الحيض والولادة شهادة رجل أو[٦] امرأتين فصاعداً، لأن ذلك يقدح في عدالتهم إلا أن يذكروا أنّ اطلاعهم على ذلك كان فجأة، أو أنهم جهلوا التحريم أو جهلت المرأة الثانية فمن بعدها يقدم غيرها، فتصح شهادتهم حينئذٍ.

قيـــل: وكذا تصح شهادة الرجل عند عدم العدلة والله أعلم هـ[٧].

قوله عليلم: " **وَتُصَدَّقُ مَنْ لَا نحو مُنَازِعَ لَهَا فِي وُقُوعِ الطَّلَاقِ[٨] وَانْقِضَاءِ عِدَّتِهَا**."
أراد عليلم بنحو المنازع أن [لا] [٩] يغلب على الظن كذبها، إذ لو غلب على الظن كذبها لم يعمل بقولها.

وأراد بنحو الطلاق الموت والردة والفسخ، هكذا نقل عنه عليلم وهما من الزوايد، والمعنى أنّ المرأة إذا كانت ذات زوج فادعت أنه قد طلق أو فسخ أو مات أو ارتد، فإنها

---

1 - نهاية ورقة ١٣٢ من (ب).
2 - سقط من (أ) .
3 - البيان الشافي لابن مظفر(٢/٣٥٥).
4 - نهاية ورقة ١٢٥ من (أ) .
5 - في (ج) لأنها.
6 - في (أ) و بدل "أو".
7 - شرح الأزهار - (٤ / ١٨٦) .
8 - في (أ) زيادة "نحو "بعد الطلاق.
9 -الزيادة من (ب).

تصدق في ذلك، ويعمل بقولها فيه ما لم ينكر الزوج ذلك، وينازع فيه أو يغلب على الظن كذبها [بل يغلب على الظن] [١] صدقها أو يشك فيه.

قال في شرح الإبانة: وسواء علم النكاح من جهتها أم من جهة غيرها[٢]، وقال في تعليق الإفادة: لا [تصدق في] [٣] قولها إلا حيث لم يعلم النكاح إلا من جهتها [٤].

قال في الغيث: والصحيح ما ذكره في شرح الإبانة، لأن اليد لها على نفسها مع عدم المنازعة، فإن عاد الزوج وأنكر الطلاق كان كعود المفقود بعد الشهادة على موته انتهى[٥].

يعني أنه ينكشف بطلان نكاح الثاني، فتستبرئ منه وتعود لزوجها الأول، كما مرّ حيث يثبت نكاحه بالبينة، والله أعلـــم هـــ[٦].

1 - الزيادة من (أ).
2 - شرح الإبانة (خ)و شرح الأزهار - (٢ / ٤٨٩) .
3 - في (أ) يصدق بدل ما بين المعقوفين .
4 - عبر شرح الأزهار - (٢ / ٤٨٩) .
5 - الغيث المدرار ج٢(خ). و شرح الأزهار - (٢ / ٤٨٩).
6 - نهاية صـــ ١٣٣ من (ب).

بَـــابُ الظهارِ

هو مأخوذ من لفظ الظهر، لأن صورته الأصلية أنت علي كظهر أمي، وإنما خصوا لفظ الظهر لأن كل مركوب عندهم يسمى ظهراً [١].

وكان طلاقاً في الجاهلية، قيل وفي أول الإسلام ، وقيل كان طلاقاً من وجهٍ دون وجهٍ، فإن احدهم كان إذا كره امرأته وأراد أن لا يتزوج غيره إلى منها أو ظاهر، فتبقى محبوسة لا ذات زوج يستمتع بها ولا خليّة تنكح غيره فنقله الشرع إلى تحريم مخصوص [٢].

قال في البحر:" وحده قول يدل على تحريم الوطء مع بقاء الزوجية" انتهى [٣].

وقيل: حده لفظ أو ما في معناه يوجب تحريم الاستمتاع يرتفع بالكفارة، أو ما في حكمها بعد العود قبل الوطء وهذا أتم [٤].

و المراد بما في معنى اللفظ الكتابة، وإشارة الأخرس المفهمة فإن الظهار يصح بهما على الأصح، لأن الظهار له صريح وكناية وما كان كذلك صح بالكتابة والإشارة كالطلاق.

قيل: ويحتمل أن لا يصح بهما لأنه يعتبر فيه لفظ مخصوص كالشهادة والإقالة، والذي في حكم الكفارة هو انقضاء وقت الظهار المؤقت.

والظهار محظور إجماعاً لقوله تعالى: **(**وإنهم ليقولون منكراً من القول وزوراً **)**[٥] فلا يصح التوكيل به ولا تعليقه بمشيئة الله في الإثبات[٦].

والأصل فيه من الكتاب صدر سورة المجادلة، ومن السنة حديث ظهار أوس بن الصامت الأنصاري[٧]، ولفظه فيما أخرجه أبو داود عن خولَةَ[٨] بِنْتِ مَالِكِ بن ثَعْلَبَةَ [٩] قالت ظَاهَرَ مِنِّي زَوْجِي أَوْسُ بن الصَّامِتِ فَجِئْتُ [إلى][١] رَسُولَ اللَّهِ صلى الله عليه

---

1 -الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي لمحمد بن أحمد بن الأزهر الأزهري الهروي أبي منصور الناشر : وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية – الكويت ط١/ ١٣٩٩هــ تحقيق د. محمد جبر الألفي (١ / ٣٣٢).و تاج العروس من جواهر القاموس - (١٢ / ٤٨٣) بنحوه .

2 - المعجم الوسيط (٢ / ٥٧٨)وشرح مختصر خليل (ج٤/ص١٠١).

3 -البحر الزخار – دار الأندلس(٢٢٦/٤).

4 -شرح الأزهار - (٢ / ٤٨٩)و أشرف المسالك - (١ / ١٥٩) بنحوه .

5 -المجادلة:الآية ٢.

6 -أسنى المطالب في شرح روض الطالب - (٣ / ٣٥٧).

7 -هو أوس بن الصامت بن قيس، أخو عبادة بن الصامت، شهد بدرا وجلة المشاهد، وتوفى بالمدينة وله خمس وثمانون سنة. ينظر مشاهير علماء الأمصار ١٨/١).

8 -في لفظ أبي داود (خُوَيْلَةَ) .

9 -هي خولة بنت مالك بن ثعلبة بن أصرم بن فهر، كانت تحت أوس بن الصامت وهى المجادلة ويقال لها خويلة روى عنها يوسف بن عبد الله بن سلام.. الثقات لابن حبان - (٣ / ١١٦).

[وآله] [٢] وسلم أَشْكُو إليه وَرَسُولُ اللَّهِ صلى الله عليه [وآله][٣] [وسلم][٤] يُجَادِلُنِي فيه [وَيَقُولُ] [٥]اتَّقِي اللَّهَ فإنه بن عَمِّكِ فما بَرِحْتُ[٦] حتى نَزَلَ الْقُرْآنُ قد سمع الله قَوْلَ التي تُجَادِلُكَ في زَوْجِهَا إلى الْفَرْضِ فقال يُعْتِقُ رَقَبَةً فقلت[٧] لَا يَجِدُ فقال[٨] فَيَصُومُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ قلت[٩] يا رَسُولَ اللَّهِ إنه شَيْخٌ كَبِيرٌ ما بِهِ من صِيَامٍ قال فَلْيُطْعِمْ سِتِّينَ مِسْكِينًا قلت[١٠]ما عِنْدَهُ من شَيْءٍ يَتَصَدَّقُ بِهِ قال[١١] فأتى سَاعَتَئِذٍ بِعَرَقٍ من تَمْرٍ قلت يا رَسُولَ اللَّهِ وأنا[١٢] أُعِينُهُ بِعَرَقٍ آخَرَ قال قد أَحْسَنْتِ اذْهَبِي فَأَطْعِمِي [بها][١٣] عنه سِتِّينَ مِسْكِينًا وَارْجِعِي إلى بن عَمِّكِ[١٤].

قيل: وَالْعَرَقُ سِتُّونَ صَاعًا، وقيل: خمسة عشر صاعاً[١٥].

وفي رواية له " فأتى رسول اللَّهِ صلى الله عليه [وآله][١٦] وسلم بِتَمْرٍ فَأَعْطَاهُ إِيَّاهُ وهو قَرِيبٌ من خَمْسَةَ عَشَرَ صَاعًا فقال[١٧] تَصَدَّقْ بهذا [قال][١٨] فقال يا رَسُولَ اللَّهِ أعلى[١٩] أَفْقَرَ مِنِّي وَمِنْ أَهْلِي فقال[رسول اللَّهِ صلى الله عليه وسلم][٢٠] كُلْهُ [أنت] [٢١] وَأَهْلُكَ "[٢٢].

---

1 -الزيادة من (أ) وليست في الأصل.
2 -الزيادة من المخطوط وليست في الأصل.
3 -الزيادة من المخطوط وليست في الأصل.
4 -سقط من المخطوط .
5 -الزيادة من (ب) وهي كذلك في الأصل.
6 -في (ب) تروحت والصحيح ما أثبته .
7 -في لفظ أبي داود (قالت) .
8 -في لفظ أبي داود (قالَ) .
9 -في لفظ أبي داود (قالت) .
10 -في لفظ أبي داود (قالت) .
11 -في لفظ أبي داود (قالت).
12 -في لفظ أبي داود (فَإِنِّي) .
13 -الزيادة من (ب) وهي كذلك في الأصل.
14 -أخرجه أبو داود في سننه - بَاب في الظِّهَارِ رقم ٢٢١٤ (ج٢/ص٢٦٦).
15 -سنن أبي داود (ج٢/ص٢٦٦).
16 -الزيادة من المخطوط وليست في الأصل.
17 -في لفظ أبي داود (قال).
18 -سقط من المخطوط.
19 -في لفظ أبي داود (على).
20 -سقط من المخطوط.
21 -سقط من المخطوط.
22 -أخرجه أبو داود في سننه - كتاب الطلاق - بَاب في الظِّهَارِ رقم ٢٢١٧ (ج٢/ص٢٦٦) والحديث حسن، وإسناده مرسل صحيح . ينظر إرواء الغليل - (٧ / ١٧٨) وصحيح أبي داود - (٦ / ٤١٩).

وحديث سلمة بن صخر البياضي[1] ولفظه في رواية أبي داود عن سَلَمَةَ بن صَخْرٍ البياضي قال كنت امْرَأً أُصِيبُ من النِّسَاءِ مالا يُصِيبُ غَيْرِي فلما دخل شَهْرُ رَمَضَانَ خِفْتُ أَنْ أُصِيبَ من امْرَأَتِي شيئا [أن][2] تبايع[3] بي حتى أُصْبِحَ فَظَاهَرْتُ منها حتى يَنْسَلِخَ شَهْرُ رَمَضَانَ فَبَيْنَا هِيَ تَخْدُمُنِي[4] ذَاتَ لَيْلَةٍ إِذْ انكشف[5] لي منها شَيْءٌ فما[6] لبثت [7] أَنْ نَزَوْتُ[8] عليها فلما أَصْبَحْتُ خَرَجْتُ إلى قَوْمِي فَأَخْبَرْتُهُمْ الْخَبَرَ فَقُلْتُ[9] امْشُوا[10] مَعِي إلى رسول اللَّهِ صلى الله عليه [وآله][11] وسلم، قالوا لَا والله فَانْطَلَقْتُ إلى النبي صلى الله عليه [وآله][12] [وسلم] [13]فَأَخْبَرْتُهُ فقال أنت بِذَاكَ يا سَلَمَةُ قلت[14] أنا بِذَاكَ يا رَسُولَ اللَّهِ مَرَّتَيْنِ وأنا صَابِرٌ لِأَمْرِ اللَّهِ فَاحْكُمْ فِيَّ ما أَرَاكَ الله قال حَرِّرْ رَقَبَةً قلت[15] وَالَّذِي بَعَثَكَ بِالْحَقِّ ما أَمْلِكُ رَقَبَةً غَيْرَهَا وَضَرَبْتُ صَفْحَةَ رَقَبَتِي قال فَصُمْ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ قال[16] وَهَلْ أَصَبْتُ الذي أَصَبْتُ إلا من الصِّيَامِ قال[17] فَأَطْعِمْ وَسْقًا من تَمْرٍ[بين سِتِّينَ مِسْكِينًا قلت وَالَّذِي بَعَثَكَ بِالْحَقِّ لقد بِتْنَا وَحْشَيْنِ ما [أملك][18] لنا طَعَامٌ قال فَانْطَلِقْ إلى صَاحِبِ صَدَقَةِ بَنِي زُرَيْقٍ فَلْيَدْفَعْهَا إِلَيْكَ فَأَطْعِمْ سِتِّينَ مسكينًا وَسْقًا من تَمْرٍ][19] وَكُلْ أنت وَعِيَالُكَ بَقِيَّتَهَا[20] فَرَجَعْتُ إلى قَوْمِي فقلت وَجَدْتُ عِنْدَكُمْ الضِّيقَ وَسُوءَ الرَّأْيِ وَوَجَدْتُ عِنْدَ النبي صلى الله عليه [وآله][21]

---

1 - هو سلمة بن صخر البياضى، أنصارى خزرجي، روى عنه سليمان بن يسار وابن المسيب.(الإصابة في تمييز الصحابة ج٣/ص١٥٠) .
2 -الزيادة من (أوب) و ليست في الأصل .
3 - في لفظ أبي داود (يَتَابَعُ).
4 -في (أ) " تخدمني" والصحيح ما أثبته.
5 - في لفظ أبي داود)تكَشَّفَ).
6 - في لفظ أبي داود و(أ)" فَلم " .
7 - في لفظ أبي داود (أَلْبَثْ).
8 -أي وثبت عليها (النهاية في غريب الأثر ج٥/ص٤٣) .
9 - في لفظ أبي داود (وقلت).
10 -في (أ) "امضوا" والصحيح ما أثبته.
11 -الزيادة من (ب) .
12 -الزيادة من (ب) .
13 -سقط من (ب) .
14 -في (أ)" فقلت " وفي (ب) " قال" والصحيح ما أثبته.
15 -في (أ)" فقلت " والصحيح ما أثبته.
16 - في (أ)" فقلت " و في (ب) " قلت" والصحيح ما أثبته.
17 - في (أ)" فقال " والصحيح ما أثبته.
18 - الزيادة من (أ) و ليست في الرواية .
19 -سقط من (ب) .
20 -نهاية ورقة١٣٣ من (ب) .
21 -الزيادة من (أ) .

[وسلم][1] السَّعَةَ وَحُسْنَ الرَّأْيِ وقد أَمَرَنِي أو أَمَرَ لي بِصَدَقَتِكُمْ".

قال ابن إِدْرِيسَ[2]:[وبنو][3] بَيَاضَةُ بَطْنٌ[4] من بَنِي زُرَيْقٍ[5] انتهى[6].

وفي رواية للترمذي أنّ رسول الله صلى الله عليه آله قال لِفَرْوَةَ بن عَمْرٍو[7] أَعْطِهِ ذلك الْعَرَقَ وهو مِكْتَلٌ يَأْخُذُ خَمْسَةَ عَشَرَ صَاعًا أو سِتَّةَ عَشَرَ صَاعًا إِطْعَامَ سِتِّينَ مِسْكِينًا"انتهى[8].

والإجماع منعقد على أن الظهار يثبت له أحكام في الجملة.

قوله عليلم:" **صَرِيحُهُ قَوْلُ مُكَلَّفٍ مُخْتَارٍ مُسْلِمٍ** " جرى في هذه النسخة على ما في الأزهار[9] من أن الظهار لا يصح بغير القول كالكتابة والإشارة، وقد تقدم الكلام في ذلك.

قال في الغيث: ولم يوجد لأحد من الأئمة السابقين فيه نص ومن ثمة اقتصرنا على القول في الأزهار فقلنا صريحه قول زوج ولم[يقل] [10] أو ما في حكمه[11] انتهى .

وقوله:" مكلف" احتراز من الصبي والمجنون، فإنه لا يصح ظهارهما، وأما السكران[12] فحكم ظهاره حكم طلاقه على الخلاف المتقدم .

قيل: ويعتبر التكليف في الظهار المعلق بحال الإيقاع، فلو قال إن دخلت الدار فأنت علي كظهر أمي وهو مكلف حينئذ فدخلت الدار بعد أن صار مجنوناً صح الظهار[13].

---

1 -سقط من (أ) واكتفي في (ب) بـــ "ص~".

2 - هو عبدالله بن إدريس بن يزيد الاودي أبو محمد أحد الأعلام عن أبيه وعمه داود وحصين وهشام بن عروة وعنه أحمد وإسحاق والعطاردي قال أحمد كان نسيج وحده توفي ١٩٢ هـ. (الكاشف في معرفة من له رواية في الكتب الستة (١ / ٥٣٨).

3 -الزيادة من (ب) .

4 -في (ب) أبطن.

5 -بطن من الحزرج، وزريق نسبة إلى عامر بن زريق بن عبد بن حارثة بن مالك بن غضب بن جشم بن الخزرج. معجم قبائل العرب - (١ / ١١٢).

6 -أخرجه أبو داود في سننه - كتاب الطلاق- باب في الظهار - رقم ٢٢١٣ (ج٢/ص٢٦٥) وأحمد في مسنده -حديث سَلَمَةَ بن صَخْرٍ البياضي رضي الله تَعَالَى عنه - رقم ٢٣٧٥٠ (ج٥/ص٤٣٦). والترمذي في سننه -كتاب الطلاق- باب ما جاء في كفارة الظهار -رقم١٢٠٠ وقال: حديث حسن. (ج٣/ص٥٠٣). وأخرجه الحاكم في المستدرك وصححه -كتاب الطلاق - رقم٢٨١٥ (ج٢/ص٢٢١). وصححه كذلك الألباني في الإرواء (١٧٦/٧).

7 -هو فروة بن عمرو بن ودقة بن عبيد بن عامر بن أمية بن بياضة الأنصاري شهد بدرا والعقبة.(الثقات لابن حبان (٣ / ٣٣٢).

8 -أخرجه الترمذي في سننه -كتاب الطلاق - بَاب ما جاء في كَفَّارَةِ الظِّهَارِ رقم١٢٠٠- وقال حَدِيثٌ حَسَنٌ (ج٣/ص٥٠٣).

9 -الأزهار (١ / ٨١).

10-سقط من (ب) .

11-الغيث المدرار ج٢(خ) .

12-نهاية ورقة ١٢٦من (أ) .

13-المبسوط - (٥ / ٤٠).

وقوله:"مسلم" احتراز من الكافر، فإن ظهاره لا ينعقد عندنا لاستلزامه الكفارة وهي قربة، ولا قربة لكافر[1].

قال في الغيث: ولا يقتضي الطلاق ولا التحريم المشروع انتهى[2].

وعند زيد بن علي [عليلم][3] وش وأصحابه: يصح ظهار الذمي كالمسلم ويكفر بالعتق والإطعام لا الصيام، إذ هو عبادة فلا يصح إذ هو عبادة فلا يصح منه التكفير به[4].

قال بعض الشافعية: ويتصور من الذمي التكفير بتحرير رقبة مؤمنة بأن يرث عبداً مسلماً أو يسلم عبده الكافر أو نحو ذلك.

قال: وإذا تعذر عليه الإعتاق لكفره لا يباح له الوطء ما دام موسراً، ويقال له إن أردت الوطء [فأسلم وأعتق] [5] لأن الإعتاق ممكن بأن يسلم ويفعله وكذا لو كان معسراً وهو قادر على الصوم لا يجوز له العدول إلى الإطعام لأنه يمكنه أن يسلم ويصوم، فإن عجز عن الصوم لمرض أو هرم أطعم حينئذ في [حال] [6]كفره [7]انتهى.

قلنا: العتق والإطعام بنية الكفارة قربة ولا قربة لكافر، فلا وجه لما ذكروه والله أعلم.

وقوله: "مختار" احتراز من المكره فإن ظهاره لا يصح طلاقه، وقد تقدم بيان الإكراه الذي لا يصح معه .

تنبيـــــه: وقد استحسن المؤلف عليلم نسخة أخرى فقال " **بَابُ الظهارِ** "**صَرِيحُهُ قَوْلُ مُسْلِمٍ مثل مُطْلَقَ** " فجعل قوله مثل مطلق عوضاً عن قوله " مُكَلَّفٍ مُخْتَارٍ "، وهي أخصر من النسخة الأولى وأشمل إذ يدخل فيها معنى قوله في الطلاق قصد اللفظ في الصريح إلى آخره.

وأما قوله لزوجة تحته إلى آخره فلم يتقدم في الطلاق ما يدل عليه، ولأنه يحتاج إلى ذكره ليترتب عليه سائر الأحكام المذكورة عقيبه، وإنما لم ينقل قول الزوج[8] استغناءً بقوله " لزوجة " فأفاد ذلك أن الظهار لا يصح من غير زوج، فلا ينعقد الظهار قبل النكاح عند

---

1 -شرح الأزهار - (٢ / ٤٩١).
2 -الغيث المدرار ج٢(خ).
3 -الزيادة من (ب) .
4 -الانتصار على علماء الأمصار(١ / ١٦٤) والبحر الزخار – دار الأندلس(٢٣١/٤). وأسنى المطالب في شرح روض الطالب - (٣ / ٣٦٣).
5 -في (أ) " فأعتق رقبة أو أسلم " بدل ما بين المعقوفين.
6 -الزيادة من (أ) .
7 -روضة الطالبين- الكتب العلمية - (٦ / ٢٣٧).
8 -في (أ) زوج.

العترة وش، كما لا يصح الطلاق قبل النكاح عندهم، فلو قال لأجنبية إن تزوجتك فأنت علي كظهر أمي ثم تزوجها لم يكن مظاهراً منها، لقوله تعالى **(من نسائهم)** أي زوجاتهم [1].

وعن ح وك يصح إذا شرط بالنكاح كالمثال المذكور لصحة وقوفه على الشرط لا الظهار المطلق، فلا يصح من الأجنبية إجماعاً وإن تزوجها من بعد [2].

فــــرع: وقد أفاد إطلاق العبارة صحة ظهار العبد من زوجته ولو أمة إجماعا، إذ لم تفصل الآية.

وقيل: لا يصح ظهاره لتعذر التكفير [عليه إذ لا يملك.

قلنا: صح طلاقه فصح ظهاره ويكفر بالصوم ولا يصح أن يكفر العبد بالعتق][3] ولا بالإطعام عند العترة والفريقين إذ لا يملك[4].

وقال ك: الإطعام بإذن مولاه [لا العتق] [5][6].

وقال أبو ثور: إن أعطاه سيده عبداً يعتقه صح أيضاً [7].

قلنا: العتق والإطعام فرعٌ على صحة الملك، وهو لا يملك لقوله تعالى لا يقدر على شيء.

فــــرع: " ولا يصح ظهار المرأة لزوجها بأن تقول أنت علي كظهر أبي، أو أنا عليك كظهر أمك أو نحو ذلك عند العترة والفريقين، إذ آية الظهار خصت الرجال[8].

وعن الحسن بن زياد[9] يصح منها كالزوج إذ هو يمين[10]، وعن أبي يوسف هو تحريم فيلزمها أقل ما فيه كفارة يمين[11]، وعن البصري[12] والنخعي لا يصح من

---

1 -شرح الأزهار - (٢ / ٤٩١). وأسنى المطالب في شرح روض الطالب - (٣ / ٣٥٧).
2 -المبسوط - (٥ / ٤٠). وشرح مختصر خليل للخرشي - (١٣ / ٦٣).
3 -في (ب)(كتبت على جانبي الصفحة اليسرى).
4 -شرح الأزهار - (٢ / ٥٠٠). والفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني - (٥ / ٢٦٤).
5 -الزيادة من (ب).
6 -المدونة - (٦ / ٤٣٧).
7 -بداية المجتهد - (٢ / ٨٩).
8 -المنتزع المختار من الغيث المدرار (١١ / ٢٣٤).و شرح فتح القدير - (٤ / ٢٥٢).
9 -هو الحسن بن زياد اللؤلؤي الكوفي صاحب الإمام أبي حنيفة وعالما برواياته، قال يحيى ين آدم ما رأيت أفقه من الحس بن زياد ولى القضاء بالكوفة ثم استعفي عنه وكان محبا للسنة وأتباعها ، حسن الخلق، توفي سنة أربع ومائتين رحمه الله تعالى. طبقات الحنفية ج١/ص١٩٣).
10 -شرح فتح القدير - (٤ / ٢٥٢).
11 - المرجع السابق.
12 - أي الحسن البصري، وقد تقدمت ترجمته.

الزوجة[١] إذ علقه الله بالأزواج، ويصح من الأيم للأجنبي

إذ لا زوج[٢] هناك شغلت به فصح منها[٣]، وعن الحسن بن صالح[٤] ينعقد منها وتجزئها كفارته أو كفارة يمين لتردده بينهما، وعن الأوزاعي[٥] يمين من الزوجة ظهار من الأيم للأجنبي فتكفر للظهار متى تزوجته [٦].

قلنا: كلها تحكمات لا تقتضي العدول عن ظاهر الآية، ذكر معنى ذلك جميعه في البحر [٧].

قوله عليــلم: " **لِزَوْجَةٍ تَحْتَهُ** " يعني ولا تصح[٨] مظاهرة الأجنبية ولو بشرط النكاح كما تقدم لظاهر الآية، ولا مظاهرة المملوكة إجماعاً في غير أم الولد، وكذا هي عند العترة والفريقين لظاهر الآية، وكالطلاق والايلاء، وعن ك وجماعة من السلف يصح [مظاهرتها][٩] قياساً على الزوجة [١٠].

قلنا: الزوجة يلحقها الطلاق فافترقا وقد أفاد إطلاق[١١] الزوجة صحة الظهار منها ولو كانت صغيرة أو غير مدخولة خلافاً للناصر فيهما .

وكذا لو كانت الزوجة أمةً خلافاً لموسى بن جعفر[١٢] وغيره، قالوا لقوله تعالى **(**من نسائهم**)** يعني الحراير [١٣].

---

1 -في (أ)(المزوجة).

2 -في (أ)(زواج).

3 -الصحيح من قول الحسن البصري والنخعي أنها تَكُونُ مُظَاهِرَةً مِنْهُ كَالرَّجُلِ وَتَلْزَمُهَا الْكَفَّارَةُ بِالْعَوْدِ. انظر (الحاوي في فقه الشافعي - للماوردي - (١٠ / ٤٣٣).

4 - هو الحسن بن صالح بن حي ، سمع عبد الله بن دينار وأبا إسحاق السبيعي ومحمد بن إسحاق روى عنه أخوه علي وابن المبارك ووكيع ووثقه أحمد ، وقال أبو زرعة عنه اجتمع فيه إيقان وفقه وعبادة وزهده ولد سنة مائة ومات سنة سبع وستين ومائة. طبقات الحنفية ج١/ص١٩٤).

5-هو عبد الرحمن بن عمرو الأوزاعي، ولم يكن منهم نزل فيهم، والأوزاع من حمير الشام قال عنه ابن عيينة كان الأوزاعي إمام زمانه ، فقيه حافظ من خيار الناس، مات سنة سبع وخمسين ومائة (التاريخ الكبير ٣٢٦/٥) .

6 -بداية المجتهد - (٢ / ٨٧).

7 -البحر الزخار – دار الأندلس(٢٢٦/٤).

8 -في (أ)(فلا تصح).

9 -في (ب)(مظاهراً لها).

10 -شرح الأزهار(٢ / ٤٩١). والمبسوط (٥ / ٤٠). والأم (٥ / ٢٧٩).و شرح مختصر خليل للخرشي(١٣ / ٨٤).

11 -في (أ)(طلاق).

12-هو موسى بن جعفر بن محمد بن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أبو الحسن المدني،الملقب بالكاظم المتوفى سنة ثمان وثمانين ومائة ومشهده ببغداد مشهور يزار يقال له مشهد باب التبن ويقال له مقابر قريش أيضا. ينظر (الأنساب ج٥/ص٤٠٥)ولوامع الأنوار - (١ / ٤٢٣)بتصرف.

13-شرح الأزهار - (٢ / ٤٩١).

قلنا: بل الظاهر هنا الزوجات، وإن لم يسأل النبي صلى الله عليه وآله [1] سلمة بن صخر عمن ظاهر منها.

وأفاد قوله " تحته" عدم ظهار المطلقة، أما الباينة فذلك إجماع إلا عن البصري، وأما الرجعية فكذلك على المذهب إذ ليستا بزوجتين، وعند المؤيد[بالله][2] والإمام ح والفريقين يصح من الرجعية إذ هي في حكم الزوجة، ولذلك يرث الزوج ويرثها [3].

لنا ما تقدم آنفاً، وكذا لا يصح ظهار المفسوخة بطريق الأولى ولعله إجماع والله أعلم[4].

وحذف قوله في الأزهار" كَيْفَ كَانَتْ "[5] لفهم[6] ذلك من إطلاق العبارة كما تقدم ثم بين الصريح بقوله عليـــلم: " **ظَاهَرْتُك أَوْ أَنْتِ مُظَاهَرَةٌ أَوْ يُشَبِّهُهَا أَوْ جُزْءًا مِنْهَا متصلاً بِجُزْءٍ مِنْ أُمِّهِ نَسَبًا كذلك ولو نحو ظفر فَيَقَعُ مَا لَمْ يَنْوِ غَيْرَهُ** " المجمع على كونه صريحاً أن يقول لزوجته أنت علي، أو مني أو عندي أو معي، كظهر أمي أو مثل ظهر أمي، ويكفي أن يقول أنت كظهر أمي من دون لفظة عليّ ونحوها على الصحيح، فلا يقبل قوله أردت على غيري كما لا يقبل لو قال لها: أنت طالق، وقال: أردت من غيري أو من وثاق.

ومن الصريح: أن يقول لها ظاهرتك، أو أنت مظاهرة ذكره في التذكرة[7].

قيل: وهو الذي في الكافي وادعى الإجماع على ذلك [8].

ومن الصريح أن يشبهها أو يشبه جزءاً منها بجزء من أمه حال كون ذلك الجزء متصلاً، أما تشبيهها بجزء من أمة فكما تقدم [ونحوه][9].

و أما تشبيه جزء منها: فنحو أن يقول نصفك أو ربعك، أو يقول يدك، أو رجلك، أو رأسك، أو نحوها من أجزائها المشاعة، أو[10] أعضائها[11] المتصلة ، وإنما نصب المؤلف عليـــلم متصلاً على الحال من جزء، لأن التقييد بالحال أقوى من التقييد بالصفة، وصح أن يكون صاحب الحال نكرة، وهو جزء لتخصصه بالصفة وهي لفظة منها، وقد أفاد ذلك أن

1-في (ب)(رمز بـــ ص).
2 -الزيادة من (أ) ورمز للمؤيد بـــ م وفي (ب) اكتفي بـــ كتابة (المؤيد) .
3 -شرح الأزهار - (٢ / ٤٩١)و اللباب في شرح الكتاب - (١ / ٢٧٤). وإعانة الطالبين - (٤ / ٧).
4 -شرح الأزهار - (٢ / ٤٩١).
5 -الأزهار - (١ / ٨١).
6 -نهاية ورقة ١٣٤ من (ب).
7 -التذكرة الفاخرة(ص ٣٠٢).
8 -الكافي في شرح الوافي (خ).
9 -الزيادة من (ب).
10 -في (أ)(و).
11-نهاية ورقة ١٢٧من (أ).

الظهار لا ينعقد بتشبيه جزء منها [منفصل] [1] كأن يقول يدك وهي مقطوعة، أو ريقك أو دمك أو نحو ذلك.

وأفاد[2] قوله " بجزء من أمه" أن تشبيهها بجملة أمه لا يكون صريحاً، نحو أن يقول كأمي أو مثل أمي بل يكون ذلك كناية كما سيأتي على الصحيح.

وأفاد قوله "من أمه" أنه لا ينعقد بتشبيهها بجزءٍ من سائر محارمه كابنته وأخته وجدته، ولا بأجنبية وأفاد قوله نسباً أن الأم من الرضاع لا يكون تشبيه الزوجة بجزء منها ظهاراً.

[و] [3] قوله: " كذلك" معناه أنه يعتبر أن يكون الجزء المشبه به من الأم متصلاً كنصفها، أو بطنها أو يدها أو نحو ذلك لا منفصلاً كالريق والدم كما تقدم.

وأفاد قوله:" ولو نحو ظفر" وأراد بنحو الظفر الشعر والسن، وإنما خصها بالذكر لئلا يتوهم أن الظهار لا ينعقد بها لكون السن منفصلاً حقيقة و الظفر والشعر لا تحلهما الحياة فهما كالمنفصل.

والصحيح انعقاد الظهار بها لاتصال السن في الصورة الظفر والشعر حقيقة والخلاف في الزوج كما تقدم في الطلاق.

وقال أبو جعفر: الصريح هو التشبيه بظهر الأم فقط إذ هو المتعارف عند العرب [4].

وقال ح: لا يصح الظهار إلا حيث شبه الزوجة بجزء من أمه مشاع، أو يعبر به عن الكل كالرأس والوجه والرقبة أو بعضو لا تحل له رؤيته، وإلا فلا ظهار إذ لم يشبه بجزء يحرم عليه، والقصد التحريم [5].

قلنا: القصد التشبيه في تحريم الاستمتاع وكل الأم كذلك.

وعن زيد بن علي والناصر، والإمام ح والحنفية وجماعة من التابعين يصح الظهار بسائر المحارم قياساً على الأم ولو من رضاع إذ العلة التحريم المؤبد[6]، وهو ظاهر مذهب ش [7]، لكن يعتبر عندهم أن يكون المحرم المشبه بها لم تحل له قط،

---

1 -الزيادة من (أ).
2 -في (أ)(فأفاد).
3 -الزيادة من (أ).
4 -الغيث المدرار ج٢(خ).
5 -بدائع الصنائع ج٣/ص٢٣٣ .
6 -شرح الأزهار - (٢ / ٤٩٢).
7 -المهذب (٤/٤١٠). ومغني المحتاج (ج٣/ص٣٥٣). و نهاية المحتاج (ج٧/ص٨٢).

ليتحقق شبهها[١] بالأم في المحرمية، فيخرج بذلك المحرم التي طرت محرميتها برضاع، أو مصاهرة كالأم من الرضاع وبنتها المولودة قبل أن يرتضع منها، وكحليله الفرع، وأم الزوج وربيبته المولودة قبل دخوله بأمها لعدم شبههن الأم، بخلاف جدة الرضاع التي أرضعت أباه أو أمه، وأخت الرضاع المولودة بعد أن ارتضع، وبخلاف من نكحها أبوه قبل ولادته، وربيبته حصلت بعد دخوله بأمها كأن نكحها غيره بعد بينونتها منه فأتت ببنتٍ لشبه هؤلاء بالأم في انتفاء الحل في جميع الأوقات، هكذا ذكره في شرح الإرشاد[٢] والله أعلم هـ.

قال بعض الشافعية: ولو من الرجال[٣].

وعن ك وأحمد والبتي[٤]: يصح بالأجنبيات أيضاً لتحريمهن وإن لم يكن مؤبداً [٥].

قلنا: إنما ورد النهي عما كان مستعملاً عند العرب ولم يستعملوه في غير الأم من النسب، ولو اعتبرنا مجرد التحريم للزم أن ينعقد بقوله أنت علي كفرسي ونحوه ولا قائل به هـ[٦].

وقوله " فيقع ما لم ينو غيره" معناه فيقع الظهار بما تقدم ذكره ما لم يصرفه إلى غيره بالنية، وهذا بناء على أن الصريح لا يفتقر إلى نية بل يكفي فيه قصد اللفظ كما هو المذهب، وفيه خلاف الباقر والصادق والناصر وتخريج م بالله للهادي عليـــلم، فيثبت حكم الظهار عندنا بلفظه الصريح ، وإن لم ينوه ، وعندهم لا يثبت إلا إذا نواه، وأما إذا نوى به غير الظهار نحو أن ينوي به اليمين أو تحريم العين أو التحريم المطلق فإنه لا يكون ظهاراً في الباطن بل في الظاهر هـ[٧].

وحاصل الكلام في ذلك أن إيقاع الظهار يكون على أحد سبعة أوجه في الصريح والكناية:

---

1 -"شبهها" كررت مرتين فحذفت إحداهما .

2- شرح الإرشاد (١٤٥/٢).

3-الصحيح أن للشافعية في التشبيه بالرجال قولاً واحدا فقد قال في المجموع: "وإن شبهها بظهر أبيه أو بظهر غيره من الرجال أو قال: أنت علي كظهر البهيمة، أو أنت على كالميتة، فليس بظهار قولا واحدا،.. " (ج١٧ / ٣٤٥).

4-هو عثمان البتي الفقيه البصري، بياع البتوت، توفي في حدود المائة والأربعين، وروى له الأربعة. الوافي بالوفيات (ج١٩/ص٣١٠).

5- انظر تحفة الفقهاء (٣١٦/٢). و مواهب الجليل لشرح مختصر خليل (٤٢٢/٥) والمغني (٥٨/١١) .

6- قلت والله أعلم : أن الظهار من غير الأم من ذوات المحارم يقع، لأن تعليق الحكم بالأم لا يمنع ثبوت الحكم في غيرها إذا كانت مثلها، والتشبيه بالمحرمة تحريم، فكان ظهاراً.

7 -البحر الزخار (٧ / ٢١٨).وشرح الأزهار - (٢ / ٤٩٢).

الأول: أن ينوي به الظهار وهو التحريم الذي يرتفع بالكفارة بعد العود قبل الوطء، فهذا يثبت به حكم الظهار إجماعاً ظاهراً وباطنا في الصريح والكناية هـ.

الوجه الثاني: أن لا ينوي[به] [1] شيئا [أصلا، ففي الصريح يثبت حكمه أيضا على المذهب خلافاً لمن يعتبر النية في الصريح، وأما في الكناية فلا يثبت حكم على المذهب، لكنه يكون يميناً] [2] حيث كان بلفظ الحرام كما سيأتي هـ.

الوجه الثالث: أن ينوي به الطلاق، ففي الصريح يحصل به الظهار والطلاق كلاهما في ظاهر الحكم، أما الظهار فبظهار اللفظ، وأما الطلاق فلإقراره به، وأما في الباطن فهو طلاق فقط وفي ذلك خلاف ما سيأتي، وأما في الكناية فيكون طلاقاً ظاهرا وباطنا هـ .

الوجه الرابع: أن ينوي به تحريم العين أي تحريم جميع أنواع الابتداع[3] كتحريم الميتة وتحريم الاستمتاع المؤبد الذي لا يرتفع بالكفارة كتحريم الأم، ففي الصريح يكون ظهاراً ظاهراً لا باطناً لأنه صرفه بالنية وفي الكناية لا يكون شيئاً إلا حيث أتى بلفظ التحريم فيكون يميناً كما تقدم هـ.

الوجه الخامس: أن ينوي به التحريم المطلق وهو كالذي[4] قبله في الصريح والكناية على المختار، ومعنى التحريم المطلق أن لا يعلق التحريم[5] بعينها، ولا بالاستمتاع بها وإنما أراد تحريماً غير معين فكأنه قال أوجبت منك تحريماً.

الوجه السادس: أن ينوي به اليمين ففي الصريح يكون ظهاراً في ظاهر الحكم، وأما في الباطن فهو بمنزلة الحلف بالتحريم فيكون يميناً عند من جعل[6] الحرام يميناً وهو المذهب وفي الكناية يكون يميناً ظاهراً وباطناً، بل ولو لم ينو به اليمين حيث أتى بلفظ الحرام هـ.

الوجه السابع: أن ينوي به مجرد تحريم الوطء فقط ففي الصريح يكون ظهاراً في الظاهر والباطن هـ[7].

وأما في الكناية فلا يكون شيئاً على المختار إلا

---

1 -الزيادة من (أ).
2 -الزيادة من (ب).
3 -في (ب) (الانتفاع).
4 -في (ب) (الذي).
5 -نهاية ورقة ١٣٥ من (ب).
6 -في (ب) (يجعل).
7 -شرح الأزهار - (٢ / ٤٩٢)بتصرف.

إذا[1] أتى بلفظ الحرام، فإنه يكون يميناً على المذهب، وقال السيد يحيى: بل يكون ظهاراً وباطناً، قال: ومن أفتى بخلاف هذا فقد خلع ربقة الإسلام [من عنقه] [2][3].

قال في الغيث: ولا وجه له هـ [4].

تنبيـــــــهٌ: قال في الغيث: والحجة على أن الصريح لا يفتقر إلى نية [قد] [5] تقدمت في الطلاق الصريح، وأما حيث نوى التحريم المطلق فالحجة على أنه لا يكون ظهاراً[6] أنه يكون كالصارف إلى غير الظهار، وذلك لأنه قد نوى ولابد للنية من متعلق، فلما لم يرد الظهار ولزم أن يكون مريدا لغيره والتحريم المطلق غير الظهار فكان في حكم الصارف [إلى غير الظهار] [7]، والحجة على أنه يلزمه الظهار والطلاق حيث نوى الطلاق أن اللفظ صريح في الظهار فلزم حكمه في ظاهر الحال ولم يصح مصادقته على خلافه، وهو كناية في الطلاق وقد أقر به فلزمه حكمه، والحجة على بقية الوجوه واضحة انتهى هـ [8].

قوله عليـــلم: " **وَكِنَايَتُهُ كَأُمِّي ونحوه ونحو حَرَامٌ فَيُشْتَرَطُ النِّيَّةُ** " أراد بقوله" ونحوه"، أن يقول مثل أمي أو في منازلها، وأراد "بنحو حرام" حيث يقول أنت علي حرام، أن يقول أنت علي كالخمر [أو كالميتة] [9] فإن هذه الألفاظ كلها كناية في الظهار، فإن نوى بها الظهار كان ظهاراً، وإن لم ينوه [كأن لم يكن هـ][10]، ويأتي فيه الأوجه السبعة [المتقدمة][11] في الصريح، والحكم واحد والخلاف واحد في الوجوه كلها، إلا أنه هنا إذا لم ينو شيئاً لم يكن ظهاراً لا ظاهراً ولا باطناً، بل يكون كذبه كذبها إلا حيث[قال][12] أنت علي حرام أو نحوه ولم ينو شيئا فانه يكون يميناً على المذهب [13]، وعن ح إن نوى به طلقة واحدة كان بايناً وان نوى به الثلاث كان ثلاثاً، وإن لم ينو كان إيلاء يقع الطلاق بانقضاء مدته [14]، وعن ك أنه طلاق ثلاث مطلقاً [15]، وعن المنصور بالله ومحمد بن الحسن أن

---

1 -في (ب) (حيث).
2 -سقط من (ب).
3 -شرح الأزهار - (٢ / ٤٩٣).
4 -الغيث المدرار ج٢(خ).
5 -الزيادة من (أ).
6 -نهاية ورقة ١٢٨من (أ) .
7 -الزيادة من (أ).
8 -الغيث المدرار ج٢(خ).
9 -في (أ)" كالخمر والميتة"
10 -في (أ)" لم يكن شيئا "
11 -في (أ)" التي تقدمت "
12 -في (أ)" يقول "
13- شرح الأزهار (ج ٢ / ص ٢٩٤).
14- انظر البدائع (٣ / ٢٦٤).
15 -انظر المدونة(٢ /٢٨٦) وبداية المجتهد (٣ /١٤٨) ومواهب الجليل مع التاج والإكليل(٥ /٣٢٨).

قوله كأمي ومثلها وفي منازلها صرائح في الظهار[١]، وعن ش أن من ألفاظ الكناية كرأس أمي و[٢] كعين أمي وكزوج أمي وكذا مثل رأس أمي إلى آخر الأمثلة هــ[٣].

مســــألة: وحرام كظهر أمي كناية في الظهار والطلاق لتردده بينهما، فيقع ما نواه منهما، فإن لم ينو شيئا فيمين، إذ يكون قوله كظهر أمي تأكيدا لقوله حرام، وعن الناصر وح أنه صريح في الظهار، ومثله عن الإمام ح[٤].

قلنا: ضعف الصريح بتقدم[٥] لفظ الحرام عليه، فان قال كظهر أمي حرام فصريح على الأظهر، لتقدم لفظ الظهار وذلك دليل على أنه المقصود، وحرام تأكيد له كذا قيل [والله أعلم][٦].

وفي شرح الإرشاد " أن قوله حرام كظهر أمي ظهار حيث أطلقه ولم ينو شيئاً، لأن لفظ الحرام يكون ظهاراً بانضمام نية الظهار إليه، فلأن يكون ظهاراً بانضمام لفظ الظهار إليه أولى ولا يكون طلاقاً لفقدان لفظه الصريح وانتفاء النية انتهى هــ[٧].

قوله عليــلم: "**وكلاهما كناية طلاق** "أي كل واحد من صريح الظهار وكنايته كناية في الطلاق، فإذا نوى الطلاق بأيهما كان طلاقاً، لكن في الصريح لا يسقط عنه حكم الظهار في ظاهر الحكم، فأما فيما بينه وبين الله[تعالى] [٨] فيسقط كما تقدم، هذا **مذهبنا** وهو قول أبي يوسف ومحمد[٩].

وقال ح وك: لا يكون الظهار كناية في الطلاق[١٠] وقال الإمام ح: إذا نوى بالطلاق الظهار طلقت والعكس ظهار إذ لا حكم لنية ما لم يوضع له اللفظ حقيقة أو مجازاً [١١].

قال في البحر قلت: بل تطلق إذ هو كناية طلاق إذ كان موضوعاً له في الابتداء[١٢].

---

1 -الاختيار لتعليل المختار - (٣ / ١٧٨) و العناية شرح الهداية - (٦ / ٩).
2 -في (أ)" أو "
3 -روضة الطالبين - (٦ / ٢٣٨).
4 -البحر الزخار –دار الأندلس (٢٢٩/٤).
5 -في (أ)" بتقديم "
6 -الزيادة من (ب).
7 -شرح الإرشاد(١٤٦/٢).
8 -الزيادة من (أ).
9 -شرح الأزهار - (٢ / ٤٩٤).و رد المحتار - (١٢ / ٢١٣).
10 -الكافي في فقه أهل المدينة لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر القرطبي - دار الكتب العلمية - بيروت – ١٤٠٧هــ، ط١(ج١/ص٢٨٣).
11 -البحر الزخار –دار الأندلس (٢٣٠/٤).
12 -المرجع السابق.

تنبيـــــهٌ: قال في البحر: فـــــرعٌ المذهب فلا يقع- يعني الظهار- بالكناية ممن لا يعرف معناه الخاص وهو التحريم المرتفع بالكفارة إذ شرطه النية ولم ينوه حيث لم يعرف معناه الخاص، ولا يقال [بل] [١] معناه الخاص التحريم المشبه بتحريم الأم، وقد قصده، إذ التحريم المشبه بتحريم الأم كناية في الطلاق كالظهار، فلا يتعين[٢] الظهار إلا بما ذكرنا[٣] وهو التحريم المرتفع بالكفارة.

السيد يحيى: بل يقع بالكناية ممن لا يعرف معناه وغلط مخالفة.

قلنا: باطل محض بما ذكرنا.

فـــــــرعٌ: قلت وخبر أوس مخالف للقياس، إذ قصد به الطلاق حيث كان طلاقاً في الجاهلية، ولقول امرأته خولة "اللهم إن أوساً طلقني" الخبر[٤]، والمعلوم أنّ من قصد به الطلاق لم يكن مظاهراً لكن لما أراد الله سبحانه نقل هذا اللفظ في الشرع عن التحريم المطلق، إلى تحريم خاص، جعل طلاق أوس ظهاراً ترخيصاً له لأجل شكاء[٥] زوجته وابتهالها، كما حكى الله سبحانه عنها، وإعلاما بنقل اللفظ إلى معنى آخر وهو الظهار، ما لم يصرفه اللافظ[٦] إلى غير ما نقل إليه فلا يقاس على حكم أوس فيمن قصد بظهاره الطلاق لخصوصيته بما ذكرنا، وهذا أمر واضح اقتضاه البرهان كما ترى [٧] انتهى هـــ [٨].

فائــــدةٌ: لو نوى بصريح الظهار أو بكنايته[٩]مجموع الظهار أو[١٠] الطلاق فقياس المذهب ثبوت حكمهما.

---

1 -الزيادة من (ب)وهي كذا في البحر .

2 - في البحر "فلا يتبعن" .

3 - في (أ)ذكرناه .

4 - ذكر هذا الحديث في أصول الأحكام في الحلال والحرام - (١ / ٥٢٢) وفي أمالي الإمام أحمد بن عيسى - (٢ / ١٦٠)بلفظ "........ فقالت: اللهم إن أوسا طلقني حين كبرت سني، وضعف بدني، ودق عظمي، وذهبت حاجة الرجال مني، فرحمها الله تعالى فأنزل الكفارة، فدعاه رسول الله(صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلَهُ وَسَلَّمَ) فقال له: اعتق رقبة، قال: لا أجدها، فقال له: صم شهرين، فقال: يا رسول الله إن لم آكل كل يوم ثلاث مرات لم أصبر. فقال(صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلَهُ وَسَلَّمَ): فأطعم ستين مسكينا، وقال: ما عندي ما أتصدق به إلا أن يعينني الله ورسوله، فأعانه رسول الله(صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلَهُ وَسَلَّمَ) بعرق من تمر، والعرق هو المكيل الكبير فيه ثلاثون صاعا من تمر الصدقة، فقال: يا رسول الله والذي بعثك بالحق نبياً ما بين لابتيها أهل بيت أحوج إليه منا، فقال النبي (صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلَهُ وَسَلَّمَ):(انطلق فكله أنت وأهلك وقع على امرأتك). "إلا أني لم أجده في كتب الحديث الأخرى بهذا اللفظ .

5 - في البحر "شكاية" .

6 - في(أ)"اللفظ" والصحيح ما أثبته.

7 - في (ب) "تراه" والصحيح ما أثبته.

8 - البحرالزخار- دار الأندلس(٤/ ٢٢٩،٢٣٠) .

9 - في (أ)كنايته.

10 - في (أ) و.

وفي شرح الإرشاد ما لفظه " وإن نواهما أي الطلاق والظهار معا بمجموع الكلام أو بقوله أنت حرام خير بينهما، فإن اختار الظهار كان ظهاراً أو [الطلاق كان] [1] طلاقاً لأن اللفظ بمجموعه صالح لكل منهما، ولا يثبتان به معاً لاختلاف موجبهما، فيخير بينهما على ما اختاره[2] الجمهور من أوجه ثلاثة، والثاني يتعين الطلاق لأنه أقوى، والثالث الظهار، ورجحه البلقيني[3] بأن النيتين تعارضتا فتساقطتا وبقي اللفظ على مقتضاه عند الإطلاق، والأصح أنه ظهارٌ كما [مر" انتهى[4].

قلت:إنما يستقيم ما ذكره البلقيني حيث إما بلفظ الظهار كالصريح كما] [5] لا يخفى والله أعلم .

قوله عليه السلام: " **ويدخله توقيت وتقييد إِلَّا بِمَشِيئَةِ اللَّهِ فِي الْإِثْبَاتِ وتشريك وتخيير** " أما التوقيت فمثاله أن يقول: أنت علي كظهر أمي سنة أو شهراً أو نحوهما فيقف على مضي ذلك الوقت عند العترة والفريقين لوقوفه على الكفارة[6].

وعن الثوري وابن أبي ليلى والليث وابن حي بل لا يقع إذ لا يبطل بذلك معناه وهو التشبيه بمؤبد التحريم [7].

قلنا: الطلاق مبطل للعقد لا الظهار، وقيل: إذا كانت المدة قدر مدة الايلاء، أو أكثر كان ذلك ظهاراً وإيلاء لأنه يخشى من وطئها في المدة لزوم الكفارة، فإنه إذا وطئ في المدة لزمه كفارتان ذكر معنى ذلك في شرح الإرشاد [8].

قلنا: الظهار محظور والايلاء مباح، فلا يقع أحدهما بلفظ الآخر[9]، ثم أن الايلاء يمين كما سيأتي، والظهار ليس بصريح يمين ولا كناية، وأما التقييد فقد يكون بالشرط وبالاستثناء نحو أن يقول إن دخلت الدار فأنت علي كظهر أمي أو أنت علي كظهر أمي إلا أن تدخلي الدار [أو نحوهما فيقف الظهار في الصورة الأولى على حصول الشرط.

---

1 - الزيادة من (ب).

2 -نهاية ورقة ١٣٦ من (ب).

3 -البلقيني، ولي الدين أحمد بن محمد أحمد بن محمد بن محمد بن عمر بن رسلان، البلقيني، ولي الدين بن تقي الدين بن بدر الدين بن سراج الدين. ولد سنة أربعة وعشر وثمانمائة. وبرع وتفنن، ووعظ. وولي قضاء دمشق. ومات بها في ذي القعدة، سنة خمس وستين وثمانمائة. ينظر نظم العقيان في أعيان الأعيان للسيوطي (ج٣٢/١).

4 - شرح الإرشاد(١٤٦/٢).

5 - الزيادة من (أ).

6 - شرح الأزهار - (٢ / ٤٩٤).و فتح الوهاب (ج٢/ص١٦٢).

7 - المغني لابن قدامه- (٨ / ٥٧٠).

8 - شرح الإرشاد(١٤٧/٢).

9 - نهاية ورقة ١٢٩من (أ) .

وفي الصورة الثانية: يصير مظاهراً في الحال إلا أن يدخل الدار] (١) ونحو ذلك وإذا قيده بمشيئتها أو مشيئة آدمي غيرها تقيد بذلك نفياً وإثباتاً، واعتبرت المشيئة وعدمها في المجلس على الأصح.

ويقبل في ذلك قول من قيد بمشيئته أو عدمها، وقوله إلا بمشيئة الله في الإثبات، يعني فإن الظهار لا يقع بذلك، لأنه محظور فالله لا يشاؤه، ومثاله أن يقول: أنت علي كظهر أمي إن شاء الله، وهذا بناء على أصل أهل المذهب إن شاء الله للشرط، أو أنها لقطع الكلام عن النفوذ، وأما على أصل م بالله فيقع إن بقي وقتاً بعد اللفظ إذ معناه عنده إن أبقاني(٢) الله كما تقدم في الطلاق.

وقوله:" في الإثبات" احتراز من التعليق بمشيئة الله في النفي نحو أن يقول: إن لم يشاء الله، فإنه يصير مظاهراً في الحال للعلم بحصول الشرط وهو عدم مشيئة الله كما تقدم، من أن الله لا يشاؤه(٣) وكذا فحيث قال إلا أن يشاء الله على الأظهر هـــ.

فـــــرع: فإن قال أنت عليّ كظهر أمي إن لم أتزوج عليك فإنه [لا] (٤) يثبت له حكم الظهار، إذا تعذر عليه التزوج عليها بعد تمكينه(٥) منه وذلك بحصول اليأس منه بموت أحدهما فيحكم بكونه مظاهراً قبيل موت أحدهما، وكذا بجنونه أو بينونتها منه، حيث اتصل بهما موت أحدهما، وأما حيث مات قبل التمكن من الزواج عليها فلا يكون مظاهراً، ولا يلزمه شيء في جميع ذلك لعدم موجب الكفارة وهو العود، والله أعلم هـــ.

فـــــرعٌ: وإذا علق ظهار زوجته بظهار أجنبية، فإن أراد اللفظ وقع عند تلفظه به، وإن لم يصح في حقها، وإن أراد المعنى لم يقع إذ لا يصح في الأجنبية، فإن لم يرد شيئاً لغا على الأظهر إذ الأصل عدم وقوعه والله أعلم .

والدليل على صحة تقييده بالاستثناء ما تقدم في الشرط، وأما التشريك فنحو أن يقول: لإحدى زوجتيه أنت علي كظهر أمي، ثم يقول للأخرى وأنت معها أو مثلها أو شركتك معها، ونوى الظهار فتصير الأخرى مظاهرة بالتشريك، وإنما اعتبرت النية في ذلك لاحتماله كما في الايلاء، وسيأتي .

---

1 - سقط من (أ).
2 - في المحطوطة بدون همزة وصل .
3 - إذ هو محظورٌ.
4 - الزيادة من (ب).
5 - في (أ)تمكنه.

وأما التخيير فنحو أن يقول لزوجتيه: ظاهرتك يا فلانة أو أنت يا فلانة، فيصير مظاهراً من إحداهما لا بعينها، كما لو قال ظاهرت إحداكما أو إحداكن، حيث كن أكثر فيكون لكل واحدة منهن طلب رفع التحريم، فإن قال أردت فلانة بعينها قبل قوله، وإن أراد تعيين إحداهن بعد إيقاعه مبهماً فالظاهر أنه لا يصح منه التعيين على المذهب كما في الطلاق المبهم[١]، ويأتي فيه الخلاف المذكور هناك[٢] والله أعلم هـــ.

1 - شرح الأزهار(ج ٢ / ص ٤١٢) .
2 - في (أ)هنالك.

"فَصْـــــــلٌ"

ويَحْرُمُ بِهِ الْوَطْءُ ومُقَدِّمَاتُهُ حَتَّى يُكَفِّرَ أَوْ يَنْقَضِيَ وَقْتُه ولو فَعَلَ " إما تحريم الوطء فذلك إجماع، وأما مقدماته وهي التقبيل واللمس والنظر لشهوة، فكذلك على المذهب، وهو قول ح وك وأحد قولي ش، لقوله تعالى **(**من قبل أن يتماسا**)**[١]فيعم المقدمات [٢].

وعند الثوري وهو الأظهر من قولي ش، يجوز المقدمات [إذ المراد بالمس] [٣] الوطء كما في قوله [تعالى] [٤] **(** مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ **)**[٥] [٦].

قلنا: خصه هنالك[٧] بالمجاز الإجماع، وهنا لا مانع من إرادة الحقيقة.

وقوله: " حتى يكفر" يعني حيث كان الظهار مطلقاً، وقوله:" أو ينقضي وقته" يعني حيث كان مؤقتاً فلا يحل له الوطء، ولا أي مقدماته إلا بعد حصول أحد الأمرين، وإذا كفر بعد العود قبل انقضاء وقت المؤقت جاز له الوطء في الحال.

وقوله: " ولو فعل" معناه، ولو وطئ قبل حصول أحد الأمرين جهلاً أو تمرداً، فإن حكم الظهار لا يرتفع بذلك بل يجب عليه الكف، ويحرم عليه الوطء ومقدماته حتى يحصل أحد الأمرين المذكورين، وقد صار بذلك عاصياً، ولا يلزمه الحد لأن النكاح باق بينهما.

وقال المنصور بالله: إذا وطئ قبل التكفير أو ما في حكمه أثم مع العلم وجاز له الاستمرار، وتكون الكفارة في ذمته[٨].

لنا قول تعالى: **(** مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا **)**[٩] ولم يفصل، وقول النبي صلى الله عليه وآله [وسلم] [١٠] لمن فعل ذلك لا يقربها حتى يكفر، ولفظ الحديث فيما أخرجه النسائي عن ابن عباس :أن رجلا أتى النبي صلى الله عليه وآله [وسلم] [١١]قد ظاهر من امرأته فوقع عليها، فقال يا رسول الله إني ظاهرت من امرأتي فوقعت [عليها][١٢] قبل أن أكفر، قال وما حملك

---

1 - المجادلة: ٣.
2 - شرح الأزهار - (٢ / ٤٩٦)والاختيار لتعليل المختار - (٣ / ١٧٦).
3 - في (أ) " والمراد باللمس الوطء " بدل ما بين المعقوفتين.
4 - الزيادة من (ب).
5 - الأحزاب:٤٩.
6 - الحاوي الكبير ـــ للماوردي - (١٠ / ١١٠١).
7 - في (أ) هناك.
8 - المنتزع المختار من الغيث المدرار المعروف بشرح الأزهار - (١١ / ٢٤٧).
9 - المجادلة: ٣.
10 - الزيادة من (ب).
11 - الزيادة من (ب).
12 - سقط من (ب).

على ذلك يرحمك الله، قال رأيت خلخالها في ضوء القمر فقال [١] لا تقربها حتى تفعل ما أمر الله عز وجل[٢][٣] وأخرجه هو وأبو داود أيضاً عن عكرمة مرسلاً وقال النسائي: المرسل أولى بالصواب والله أعلم هـ[٤].

فـــــرع: وإذا كفر بعد الوطء فهي أداء عند أهل المذهب، وعن بعض الشافعية بل قضاء إذ وقتها قبل الوطء [٥].

لنا ظاهر الخبر وعن بعض الفقهاء تسقط لفوات[٦] وقتها [٧] [٨/].

لنا الخبر، وعن مجاهد يلزمه كفارة أخرى للوطء [٩].

قلنا: لم توجب في الخبر الثانية والله أعلم.

قوله عليه السلام: " **وَلَهَا طَلَبُ الرَفْعِ فَيُحْبَسُ لَهُ إنْ لَمْ يُطَلِّقْ** " أي لها أن تطالبه إلى الحاكم برفع التحريم، بأن يكفر فيلزمه الحاكم ذلك رفعاً للضرار، فإن امتنع من التكفير حبسه حتى يُكفر أو يطلق، ولو كان عاجزاً عن الوطء في الحال كما في المولي فإن طلقها فلا حبس عليه ولا كفارة، وعن ك تمنع نفسها حتى يكفر[١٠] وعن ح وأصحابه وابن شبرمه، تستنصر عليه حتى يرفع التحريم بالتكفير [١١] .

قلنا: عليها غضاضة ملزمة رفع الضرار برفع التحريم، أو تخلية سبيلها بالطلاق.

قال في الغيث: فإن قلت إن التكفير لا يرتفع به التحريم إلا بعد العود، وهو إرادة الوطء فكيف يتهيأ إكراهه على الإرادة.

قلت: أن[١٢] الحاكم إنما يطالبه بان يفعل التكفير بعد الإرادة، فإذا أقر بأنه قد أراد قبل قوله وإن أقر أنه كفَّر قبل أن يريد لم تجزه الكفارة الأولى ولزم أن يعود عليه حكم الظهار،

---

1 - في (أ) قال.

2 - في (أ) تعالى بدل عزوجل.

3 - أخرجه النسائي في سننه - كتاب الطلاق - باب الظهار رقم٥٦٥١(ج٣/ص٣٦٧). وأبو داود في سننه -كتاب الطلاق- باب الظهار رقم٢٢٢١ وحسنه الألباني (ج٢/ص٢٦٨)..

4 - سنن النسائي الكبرى(ج٣/ص٣٦٨).

5 - البحر الزخار –دار الكتب العلمية (٣٦٦/٤).

6 - في (أ) بفوت.

7 - البحر الزخار – (٣٦٧/٤).

8 - نهاية ورقة ١٣٧ من (ب).

9 - البحر الزخار (٣٦٧/٤).

10 - التاج والإكليل لمختصر خليل - (٦ / ١٧٠).

11 - الدر المختار - (٣ / ٥١٦).

12 - في (أ) إما.

فيحبس مرة أخرى على مقتضى ما ذكره ح كما سيأتي، ولا أحفظ خلافاً في أن للزوجة المرافعة، وهل لولي الصغيرة أن يرافع لها بيَّض له ؟

قلت: وقياس ما ذكروه[1] في الايلاء أنه ليس لولي الصغيرة والمجنونة المرافعة لها، وإنما ذلك إليها إذا بلغت أو عقلت وكذا ليس لسيد الأمة ذلك كما في الايلاء و[2]الله أعلم هـ[3].

قوله عليـلم: " **ولَا يَرْفَعُهُ التَّكْفِيرِ إلا بَعْدَ الْعَوْدِ وهُوَ إرَادَةُ نحو الْوَطْءِ** " أي لا يرفع التكفير حكم الظهار إلا إذا وقع التكفير بعد العود فلو كفَّر قبل العود لم يجزه ولزمته كفارة أخرى بعد العود.

وقال ض زيد: يصح التكفير قبل العود ككفارة القتل بعد الحرج، وقبل الموت [4].

قلنا: خلاف ما تقتضيه الآية ثم فسر المؤلف [عليلم] [5] العود بقوله: " وهو إرادة نحو الوطء"، أي العزم على ذلك، وأراد بنحو الوطء " مقدمات الوطء" فإذا عزم على وطء المظاهر منها أو على أي المقدمات الوطء لزمه التكفير ولو لم يخل بها.

وقال ص بالله: لابد مع إرادة الوطء من الخلوة،[6] وعن[7] الحسن وطاووس والزهري أن العود هو الوطء[8]، وقال ك وابن حنبل هو العزم على الوطء فقط [9]، وقال داود هو إعادة اللفظ ثانياً[10]، وقال ش: العود [هو] [11] " أن يمسكها عقيب الظهار قدر ما يمكنه أن يطلقها، ولم يطلق إذ تشبيهها بالأم يقتضي إبانتها وإمساكها نقيضه" [12].

قلنا: الإمساك ليس بعود لغة ولا عرفاً، وإنما العود إرادة ما حرم بالظهار وهو المس، لأنه إذا أراده فقد عاد عن عزم الترك إلى عزم الفعل سواء عاد[13] أم لا إذ لم تفصل الآية.

وقد روي عن ابن عباس في قوله تعالى:

---

1 - في (أ) ما ذكروه.
2 - نهاية ورقة ١٣٠من (أ) .
3 - الغيث المدرار ج٢(خ).
4 - شرح الأزهار - (٢ / ٤٩٧).
5 - الزيادة من (أ) .
6 - شرح الأزهار (٢ / ٤٩٧).
7 - في (أ) وقال.
8 - الحاوي الكبير ــ للماوردي - (١٠ / ١٠٨٠).
9- المدونة للإمام مالك (٣٤٣/٥) والإنصاف للمرداوي (٢٦٨/٢٣).
10 - المحلى (١٢٤/١١).
11 - الزيادة من (أ) .
12 - بداية المجتهد (٢٠٠/٣)، المهذب للشيرازي (٤١٨/٤).
13 - في (ب) فعل .

(ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا)[1]قال:" يريد أن يجامعها قبل أن يكفر" [2].

قال في الغيث: ولم يرو عن أحد من الصحابة خلافه فجرى مجرى الإجماع، وقد نبه الله عزوجل على ذلك بقوله **(**من قبل أن يتماسا**)**[3] فتقدير الآية من أراد المماسة فليكفر قبل المماسة انتهى [4].

فـــــــرع: والعلة في وجوب الكفارة، هو العود عند العترة والحنفية وبعض السلف إذ رتب الحكم عليه بالفاء في الآية، حيث قال **(**ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة**)**[5] فهو تنبيه نص، وقيل بل العلة مجموع الظهار والعود إذ رتب الكفارة عليهما معاً وهو ظاهر مذهب ش وقواه في البحر[6]، [و] [7]قال مجاهد: بل الموجب للكفارة لفظ الظهار نفسه.

لنا ما تقدم هــ[8].

فـــــــرعٌ: وإذا مات قبل العود فلا كفارة عليه، وأما بعد العود فيجب في تركته على الأصح، وان لم يكن مسٌ هـــ.

وحذف المؤلف قوله في الأزهار "وَلَا يَرْفَعُهُ إلَّا انْقِضَاءُ الْوَقْتِ"[9] لفهم ذلك من قوله:" فيما تقدم"، أو ينقضي وقته وأيضاً فانقضاء الوقت لا يرفع الظهار، وإنما تنتهي مدته بانقضائه.

قوله عليــلم:" **وَلَا يَهْدِمُهُ إلَّا الْكَفَّارَةُ** "يعني لا يهدم حكم الظهار إلا الكفارة، فلو ظاهر من زوجته ثم طلقها لم ينهدم حكم الظهار حيث راجعها أو عقد بها، ولو طلقها ثلاثاً فتزوجت غيره ودخل بها ثم بانت منه فتزوجها المظاهر، فإنه يعود عليه حكم الظهار.

وكذا لو ارتد ثم أسلم فتزوجها، أو كانت أمةً فاشتراها [و] [10] سواء وقع أي الأمور المذكورة بعد العود أم قبله.

---

1 - المجادلة: ٣.
2 - أصول الأحكام في الحلال والحرام (١ / ٥٢٠).
3 - المجادلة: ٣.
4 - الغيث المدرار ج٢(خ) .
5 - المجادلة: ٣.
6 - البحرالزخار –دار الأندلس(٢٣٣/٤).
7 - الزيادة من (ب) .
8 - أصول الأحكام في الحلال والحرام - (١ / ٥٢٠).
9 - الأزهار - (١ / ٨٢).
10 - الزيادة من (أ) .

وعن المؤيد وص وش: أن الكفارة تسقط عنه إذا ارتد بعد العود [١].

قلنا: إنما يسقط بالإسلام بعد الردة حقوق الله المحضة دون حقوق المخلوقين، وهذه الكفارة مشوبة بحق الزوجة ذكر معنى ذلك في الغيث[٢] .

وفي البحر عن ش وأبي يوسف ومحمد، إذا بطلت الزوجية بطل الظهار، إذ هو تابع. قلنا: فيعود حكمه بعودها، انتهى[٣] .

ومفهوم ما في الإرشاد وشرحه أنه إن[٤] أتى بها قبل العود ثم تزوجها لم يعد عليه حكم الظهار، وإن أتى بها بعد العود ثم تزوجها عاد عليه حكم الظهار، إذ لم يحصل في الأول إمساك يترتب عليه التحريم بخلاف الثاني هـ[٥].

قوله عليه السلام: " **وهِيَ عِتْقُ كَمَا سَيَأْتِي** " لا خلاف في أن كفارة الظهار تجب مرتبة العتق ثم الصيام ثم الإطعام كما دلت عليه الآية، أما العتق فهو عتق رقبة كما سيأتي في كفارة اليمين، وضابط المذهب فيها أن يجزئ كل مملوك ولو فاسقاً أو صغيرا أو مؤفًا بأي آفة، أو قاتل عمد أو مريضاً مدنفاً أو مدبرا، أو ولد زنا أو مشتركا أو مكاتباً رضي الفسخ ولا يجري الكافر ولا الحمل ولا أم الولد ولا مكاتب كره الفسخ وسيأتي [ذكر] [٦] الخلافات[٧] في جميع ذلك إنشاء الله تعالى، وتفصيل الكلام في ذلك وتصحيح المذهب هـ .

قوله عليه السلام: " **فَإِنْ لَمْ يَجِدْ فصيام شَهْرَيْنِ فِي غَيْرِ وَاجِبة ومحظورة لَمْ يَطَأْهَا فِيهِمَا** " أي فإن لم يجد في الناحية رقبة يعتقها، أو لم يجد ثمنها وجب عليه أن يكفر بصيام شهرين [متتابعين] [٨] في غير ما صومه واجب لغير الكفارة كشهر رمضان والنذر المعين، وفي غير ما صومه محظور كالعيدين وأيام التشريق، فلو أدخل[٩] في صيامه الشهرين ما صومه واجب أو محظور لم يجزه، ولزمه الاستئناف إن وقع بذلك تفريق، فلو صام شعبان ورمضان عن الكفارة لزمه الاستئناف، لا حيث صام رمضان[١٠] وشوالاً، فلا يستأنف بل

---

1 - **شرح الأزهار - (٢ / ٤٩٧).**
2 - **الغيث المدرار ج٢(خ).**
3 - **البحرالزخار –دار الأندلس(٢٣٢/٤).**
4 - **أي بالأمور التي تبطل حكم الزوجية المتقدم ذكرها تمت هـ.**
5 - **الإرشاد (١٤٧)و شرح الإرشاد (١٤٧/٢).**
6 - **الزيادة من (ب) .**
7 - **في (أ)الخلاف .**
8 - **سقط من (ب) .**
9 - **في (ب)دخل.**
10 - **نهاية ورقة ١٣٨ من (ب).**

يصوم ذا القعدة ويوماً من ذي الحجة بدلاً عن يوم الفطر حتى يتم له شهران، ويجب عليه قضاء رمضان حيث نواه عن الكفارة على المذهب، وسواء في ذلك السفر أو[1] الحضر.

وقال المنصور بالله والحنفية: إن كان في الحضر أجزأه عن رمضان ولو نواه عن الكفارة، وإن كان في السفر فقال أبو يوسف ومحمد يجزئه عن رمضان أيضاً،وقال المنصور بالله وح يجزئه عن الكفارة [2].

لنا: أن شهر رمضان لا يزاحمه غيره من الصيامات في الحضر فقسنا عليه السفر، فإن نواه عن الكفارة لم يجزه عن أيهما، أما عن رمضان فلأن نيته شرط وقد أخل بها، وأما الكفارة فإنه وإن نواها فلا تأثير لنيته كما لا تأثير لنية الحائض في صحة الصوم، وكذلك لا يجزئه صوم العيدين وأيام التشريق على الصحيح كما هو أحد قولي ع وأحد احتمالي ط ، وفيه ما تقدم من الخلاف في صحة قضائها عن رمضان هـ.

فـــــرع: والواجد عند أهل المذهب ومن وافقهم، هو من يملك الرقبة أو قيمتها ويتمكن من شرائها، فمن كان كذلك لم يجزه الصوم ولو كان محتاجاً إليها أو إلى قيمتها، إذ الصوم مشروطاً بعدم الوجدان في الآية.

وقال المنصور بالله وش: يجزئه الصوم حينئذ، إذ المحتاج إليها ليس بواجد[3].

لنا ظاهر الآية ولا تكون حاجته إلى الرقبة أو قيمتها غرراً له في تأخير التكفير، لأن فيه حقاً مستقبلاً لزوجته فهو آكد من الدين ما دامت زوجة له، فلو طلقها بعد العود جاز له تأخير التكفير ما دامت حاجته كسائر الديون، وظاهر مذهب ش أنه إذا لم يجد الرقبة إلا بأكثر من ثمن المثل، أو كان واجدا لها لكنه يحتاجها لأجل مرض أو منصب أو نحوهما، فإنه يعدل إلى الصوم ولا يلزمه الإعتاق كما لا يلزمه شراء المال للوضوء، بأكثر من ثمن المثل عندهم وكما أن[4] الماء المحتاج إليه للعطش كالمعدوم في جواز العدول إلى التيمم، وقوله لم يطأها فيهما معناه أنه إنما يجزئه صوم الشهرين عن كفارة ظهاره، حيث لم يطأ المظاهر منها في خلالهما، فإن وطئ في خلالهما لزمه استئناف صيام شهرين آخرين، وسواء وطئها ليلاً أم نهاراً عامداً أم ناسياً هذا هو المذهب [5].

---

1 - في (ب) و .
2 - البحر الزخار –دار الكتب العلمية (٣٧٥/٤)وشرح الأزهار - (٢ / ٤٩٨).
3 - الحاوي في فقه الشافعي - للماوردي - (١٥ / ٣٤١).
4 - نهاية ورقة ١٣١من (أ) .
5 - شرح الأزهار - (٢ / ٤٩٨).

وقال ش وأبو يوسف: إن جامعها ليلاً لم يجب عليه الاستئناف عامداً كان أم ناسياً[١].

لنا ظاهر الآية، وأما إذا جامع غير المظاهر منها ليلاً فلا شيء عليه لا نهاراً فيلزمه الاستئناف، لأجل تفريقه الصوم بإفطار ذلك اليوم وسواء في ذلك العامد والناسي خلاف ح وش في الناسي، إذ لا يفسد صومه عندهما والله أعلم [٢].

قوله عليلم: " **ويتابع وَأَلَا استَأْنَفَ إلَّا لِعُذْرٍ فَيَبْنِي** "أي ويجب أن يتابع صيام[٣] الشهرين فلو افطر فيهما ولو يوماً من آخرهما لزمه أن يستأنف صيام شهرين كما تقدم لنص الآية على التتابع، والمراد شهران هلاليان إذ الهلالية هي الأشهر الشرعية، لقوله تعالى **(**يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَهِلَّةِ قُلْ هِيَ مَوَاقِيتُ لِلنَّاسِ وَالْحَجِّ**)**[٤] ولأن النبي صلى الله عليه وآله إلى من نسائه فمكث تسعاً وعشرين[٥]، فإن ابتدأ الصيام في أثناء الشهر صام الشهر الثاني على ما يهل، وكمل الشهر الأول من الشهر الثالث ثلاثين يوماً.

وقوله: "إلا لعذر" معناه إلا أن يفرق الصيام لعذر، فإنه لا يلزمه الاستئناف، وذلك نحو أن يمرض في أثناء الشهرين مرضاً يبيح له الإفطار فيفطر، فإنه إذا زالت علته بنى على ما كان صام.

قال في الغيث: ولا خلاف في وجوب الموالاة، فأما وجوب الاستئناف إذا فرق لغير عذر فلا أحفظ فيه خلافاً، وأما إذا كان لعذر مأيوس فلا خلاف أنه لا يستأنف بل يبنى، وسواء زال من بعد أم لا [٦] ؟

وأما إذا كان مرجواً لزوال فسيأتي الخلاف، يعني في باب النذر، وذلك في تفريق صيام النذر الذي نوى فيه التتابع، حيث فرقه لعذر مرجو الزوال وزال، فقال م بالله: لا يجزئه بل يلزمه الاستئناف، وقال ع وط: بل يجزئه إذا كان العذر لا يمكنه معه الصوم، كخشية التلف أو الضرر لا حيث العذر مجرد السفر من دون ضرر،[٧] وإنما عدل المؤلف [عليلم][٨]عن قوله في الأزهار"وِلَاءً "[٩] إلى قوله "ويتابع" لئلا يتوهم أن قوله ولاءً، قيد في

---

1 - شرح الأزهار - (٢ / ٤٩٨)و المحيط البرهاني للإمام محمود بن أحمد بن الصدر الشهيد النجاري برهان الدين مازه - : دار إحياء التراث العربي (٤ / ٣٣).

2 - المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة - (٢ / ٦٤٥)و الوسيط - (٢ / ٥٤٤).

3 - في (أ) صوم .

4 - البقرة:١٨٩.

5 - أخرجه البخاري في صحيحه -كتَاب الصَّوْمِ -بَاب قَوْلِ النبي r إذا رَأَيْتُمْ الْهِلَالَ فَصُومُوا وإذا رَأَيْتُمُوهُ فَأَفْطِرُوا وقال صِلَةُ عن عَمَّارٍ من صَامَ يوم الشَّكِّ فَقَدْ عَصَى أَبَا الْقَاسِمِ رقم١٨١١ (ج٢/ص٦٧٥).

6 - الغيث المدرار ج٢(خ).

7 - شرح الأزهار - (٢ / ٣٩، ٤٩٩، ٥٠٠).

8 - الزيادة من (أ) .

9 - الأزهار (١ / ٨٢).

الوطء أي لم يطأها فيهما وطئاً [١] متوالياً وكذا حذف قوله " "وَلَوْ مَرْجُوًّا زَالَ"[٢] ، إذ هو إشارة إلى الخلاف وهو لا يشير إلى الخلاف كما تكرر ذكره.

قوله عليــلم: " **فَإِنْ تَعَذَّرَ قِيلَ [ف]** [٣] **أَطْعَمَ لِلْبَاقِي** " يعني فإن تعذر البناء على الصوم لاستمرار العذر الذي أفطر لأجله أو لمانع آخر من إتمام الصوم، فذكر ف أنه يطعم لما بقي من الصيام[٤]، ويجزئه بناءُ الإطعام على الصوم، لأنه من بناء الأدنى على الأعلى، مثاله أن يصوم شهراً ثم يعرض له عذر مانع من إتمام الصوم، ويستمر فإنه يطعم عن الشهر الثاني ثلاثين مسكيناً كما سيأتي [٥].

واستضعف هذا القول في الغيث لمخالفته ظاهر الآية، وتأديته إلى الجمع بين الأصل والبدل، قال: والقياس أن يستأنف الإطعام من أوله انتهى [٦].

وفي ذلك احتمالان آخران، ذكرهما س:

أحدهما: أن يكفر عما بقي من الصيام، عن كل يوم نصف صاع.

والثاني[٧] أن يكفر عن صيام الشهرين كذلك، ويجزئ صرف جميع الكفارة في هذين الاحتمالين إلى مسكين واحد، إذ هي كفارة صيام هــ.

وقوى المؤلف [عليه السلام] [٨] ما ذكره ف لأنه ليس جمعاً بين الأصل والبدل، وإنما هو من بناء الأدنى على الأعلى كما ذكروا مثله في صلاة من أقعد في الصلاة ونحوه[٩].

قوله عليــلم: "**فَإِنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ أَوْ تَمْلِيك سِتِّينَ كَالْيَمِين** "يعني فإن لم يستطع الصيام رأساً وجب عليه أن يكفر بإطعام ستين مسكيناً عونتين بإدام كما سيأتي، أو تمليكهم صاعاً من أي قوت كما سيأتي في كفارة اليمين، لقوله تعالى **(**فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ

---

1 - في (ب) وطاءً والصحيح ما أثبته .
2 - الأزهار (١ / ٨٢).
3 - الزيادة من (أ) .
4 - شرح الأزهار - (٢ / ٤٩٩).
5 - المرجع السابق بنحوه.
6 - الغيث المدرار ج٢(خ).
7 - المشهور في شرح الأزهار أن الاحتمال الثاني في كلام الفقيه س هو مثل كلام الفقيه لكن قد ذكر في الكواكب هذين الاحتمالين للفقيه س كما ذكر هنا تمت هــ.(تعليق في الحاشية من ب).وينظر شرح الأزهار - (٢ / ٤٩٩).
8 - الزيادة من (ب) .
9 - انظر شرح الأزهار - (٢ / ٤٩٩).

مِسْكِيناً)[1] وسيأتي تفصيل الكلام في ذلك فإن تعذرت عليه الكفارات كلها كانت في ذمته وجاز له الوطء، قيل ذكر ذلك في الحفيظ [2].

وقال ابن مظفر في البيان: " لا يجوز له الوطء[3] والله أعلم".

فـــــرع: والإطعام إباحة أو تمليك، فالإباحة أن يقدم لهم الطعام مصنوعاً ليأكلوه، وذلك يجزئ عند أهل المذهب والحنفية لظاهر قوله تعالى **(فَإِطْعَامُ)**[4]، وقال ش: ظاهر الآية التمليك فلا تجزئ الإباحة[5]. **قلنا**: لا نسلم.

والتمليك أن يدفع إلى كل واحد منهم صاعاً، أو يدفعه إليهم جملة، ويقول لهم لكل واحد منكم صاع، فيجزئ ذلك إجماعا، ولا يجزئ دون الصاع عند أهل المذهب لحديث سلمة بن صخر البياضي الذي تقدم، ففي رواية أبي داود وغيره عنه أن النبي صلى الله عليه وآله [وسلم] [6] قال له "فَأَطْعِمْ وَسْقًا من تَمْرٍ بين سِتِّينَ مِسْكِينًا" [7] ونحوه فقيس عليه غيره.

وقال ش: مُدٌ لكل مسكين، وهو ربع الصاع، لحديث الواطئ في رمضان[8] .

قلنا: كفارة الوطء غير واجبة عندنا فافترقا، سلمنا فحديث سلمة أرجح، إذ هو صاحب القصة، وعند[9] ك في كفارة الظهار مدُ وثلث، وفي كفارة [الصيام واليمين] [10] مُد فقط[11] ،وعن أحمد بن حنبل من البر مد، ومن غيره مدان[12].

لنا ما تقدم، وسيأتي تمام الكلام على ذلك في باب الكفارات إن شاء الله تعالى .

قوله عليلم:" **وَيَأْثَمُ إنْ وَطِئَ فِيهِ**" أي في حال الإطعام قبل الفراغ منه ذكره م بالله للهادي

---

1 -المجادلة: من الآية٤.

2 - الحفيظ في الفقه لإبراهيم بن محمد بن سليمان البوسي المتوفى بعد (٧٤٩هـ).(مخطوط) .

3 - البيان الشافي المنتزع من البرهان الكافي لابن مظفر(٣٧٨/٢).

4 - المجادلة: من الآية٤.

5 - البحر الزخار دار الأندلس(٤ / ٢٤٠).

6 - الزيادة من (ب) .

7 - أخرجه أبو داود في سننه -كتاب الطلاق- بَاب في الظِّهَارِ رقم ٢٢١٣ (ج٢/ص٢٦٥).قال عنه الألباني " (قلت: حديث حسن كما قال الترمذي، وصححه ابن الجارود والحاكم والذهبي، وحسنه الحافظ) .صحيح أبي داود - (٦ / ٤١٥).

8 - إعانة الطالبين - (٤ / ٣٦)والبحر الزخار - (١٢ / ١٣).

9 - في (أ)عن .

10 - في (أ)تقديم وتأخير " اليمين والصيام ".

11 - الصحيح أن لمالك في ذلك روايتين أشهرهما أن ذلك مد بمد هشام لكل واحد، وذلك مدان بمد النبي (ص)، وقد قيل هو أقل، وقد قيل هو مد وثلث. بداية المجتهد - (٢ / ٩١).

12 - المبدع - (٣ / ١٧٤).

عليـــلم [١]، وهو مذهب الفريقين وإحدى الروايتين عن ك،[٢] أعني أنه يحرم عليه وطء المظاهرة قبل الإطعام، وحاله كما في الصوم.

وعلى تخريج ع وإحدى الروايتين عن ك[٣]، وروى مثله عن الثوري [٤] يجوز إذ لم يشترط في الآية عدم المس إلا في العتق والصوم [٥].

قلنا: والإطعام مقيس إذ القصد تقديم التكفير على المس.

قوله عليه السلام: " **وفي الاستئناف تردد** "في هذه المسألة ثلاثة أقوال:

الأول: تخريج المؤيد بالله للهادي عليـــلم أنه إذا وطئ قبل كمال الإطعام أثم واستأنف.

الثاني: تخريج ع للهادي عليـــلم أن لا يأثم ولا يستأنف، وهو قول ك والزمخشري[٦] وأبي جعفر وابن داعي، حكى ذلك عنهم عدا مالكا في البحر [٧].

ولم يصرح عنهم بعدم الإثم، وحجتهم أنه قال تعالى **(فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِيناً)**[٨] ، ولم يقل: " من قبل أن يتماسا" كما في العتق والصوم، ورد بأنه قد يستغنى بذكر الشرط في الحكم الأول عن ذكره في الثاني إذا كان موجهما واحداً هـــ.

القول الثالث: تلفيق لبعض المذاكرين بين تخريج م بالله وتخريج ع ومقتضاه أنه يأثم ولا يستأنف، واستضعف هذا[٩] التلفيق الإمام المهدي عليـــلم وف ولم يقو عند المؤلف عليه السلام أي ذلك ولهذا قال: "وفي الاستئناف تردد".

قوله عليه السلام: " **وَلَا يُجْزِئُ الْعَبْدَ إلَّا الصَّوْمُ** " قد تقدم الدليل على ذلك وذكر الخلاف فيه عقيب ذكر الخلاف في صحة ظهار العبد، والمذهب أنه يصوم شهرين كالحر، وعن الباقر والصادق والناصر يصوم شهراً فقط، إذ هي عقوبة كالحد [١٠].

---

1 - **شرح الأزهار - (٢ / ٥٠٠).**

2 - **بدائع الصنائع - (٣ / ٢٣٤)و الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني - (٥ / ٢٦٧).**

3 - **بدائع الصنائع - (٣ / ٢٣٤).**

4 - **في (ب)النووي والصحيح ما أثبته.**

5 - **الحاوي الكبير ــ للماوردي - (١٠ / ١٢٥٠).**

6 - **هو محمود بن عمر بن محمد بن عمر العلامة أبو القاسم الزمخشري الخوارزمي،النحوي اللغوي المتكلم المفسر يلقب بجار الله لأنه جاور بمكة زمانا، ولد سنة سبع وستين وأربعمائة بزمخشر قرية من قرى خوارزم، برع في الأدب والنحو واللغة لقي الكبار وصنف التصانيف ودخل خراسان، وما دخل بلدا إلا اجتمعوا عليه وتلمذوا له، وكان علامة الأدب ونسابة العرب تضرب إليه أكباد الإبل، قال ابن خلكان في وفياته كان إمام عصره وكان متظاهرا بالاعتزال. (طبقات المفسرين لأحمد بن محمد الأدنه وي، - مكتبة العلوم والحكم - السعودية - ١٤١٧هـ- ١٩٩٧م، ط١، تحقيق: سليمان بن صالح الخزي(ج١/ص١٧٢).**

7 - **البحر الزخار دار الأندلس(٤ / ٢٤٠).**

8 - **-المجادلة: من الآية٤.**

9 - **-نهاية ورقة ١٣٢من (أ) .**

10 - **شرح الأزهار - (٢ / ٥٠٠).**

قلنا : بل عبادة فلا تتصف كالصلاة.

قال في الزوايد: [فإن عتق][1] قبل أن يتمه كمل الشهرين ، وعن ط يجزئه الشهر ولو عتق [2].

قوله عليــلم: " **ويستأنف بالأعلى من أمكنة** "أي يستأنف بالأعلى من الكفارات الثلاث من تمكن منه بعد أن تلبس بالأدنى، فمن لم يمكنه العتق فصام بعض الشهرين ثم أمكنه العتق قبل فراغه من الصيام، لزمه أن يعتق رقبة كاملة ولا يعتد بما قد صام، وكذلك من لم يمكنه الصوم فأطعم بعض الستين أو كلهم عونة فقط، ثم قدر على الصوم لزمه صيام شهرين كما مر، ولا يعتد بما قد أطعم، هذا هو المذهب [3].

وقال ش لا يجب عليه الاستئناف إذا كان قد تلبس بالبدل قبل لكن يستحب، وعن الصادق والباقر وأحد قولي الناصر، إن أمكنه العتق في الشهر الأول انتقل إليه لا في الثاني[4].

لنا أن الله تعالى جعلها مرتبة، فلا يجزئ الصوم مع إمكان العتق، ولا الإطعام مع إمكان الصوم، وحذف المؤلف[عليلم] [5] قوله في الأزهار" **فِي الْأَدْنَى** "[6] للعلم به إيثاراً للاختصار.

قوله عليــلم:" **وَالْعِبْرَةُ بِحَالِ الْأَدَاءِ** "أي العبرة في[7] إمكان العتق والصوم بحال الأداء لا بحال الوجوب، فإذا وجبت عليه الكفارة بالعود وهو متمكن [من العتق] [8]،أو متمكن من الصوم ولم يصم، ثم أراد التكفير وقد صار غير متمكن من العتق، فإنه يجزئه الصوم اعتباراً بحال الأداء، وكذا إذا لم يتمكن من العتق ولا الصوم، حينئذ أجزأه الإطعام ولا اعتبار بتمكنه فيما مضى، وكذا في العكس، وهو حيث كان عند الوجوب غير متمكن من العتق ثم تمكن منه حال الأداء، فإنه يتعين عليه العتق، وكذا الكلام في الصيام [و] [9]هذا هو المذهب، وهو قول ح، وأحد قولي الناصر، وعلى قوله الآخر، أن العبرة بحال الوجوب،

---

1 - سقط من (ب).
2 - شرح الأزهار - (٢ / ٥٠٠).
3 - شرح الأزهار - (٢ / ٥٠٠) بنحوه.
4 - المرجع السابق.
5 - الزيادة من (أ).
6 - الأزهار - (١ / ٨٢).
7 - في (أ)بإمكان .
8 - سقط من(ب).
9 - الزيادة من (أ) .

وعن ش في ذلك ثلاثة أقوال: كقولنا بحال الوجوب، كالحدود وهو الأظهر عنه، والثالث: يعتبر بالأغلظ كالحج رواه الاسفرائيني [1].

لنا أن قوله تعالى: (فَمَن لَّمْ يَجِدْ)[2]، متعلق بحال[3] [الأداء][4] فكان[5] العبرة به.

قوله عليـــلم: " **وَتَجِبُ النِّيَّةُ إلَّا فِي تَعْيِينِ كَفَّارَتَيْ مُتَّحِدِ السَّبَبِ** " أما وجوب النية في الكفارة، فلأنها عبادة كالصلاة والصيام، ولقوله صلى الله عليه وآله "الأعمال بالنيات"[6] ونحوه فينوي العتق عن كفارة الظهار مثلاً، وكذلك الصيام والإطعام، فإن لم ينو ذلك لم يجزه، ويجب في الصيام تجديد النية لكل يوم وتبييتها، ولا تجب نية التتابع فيه إذ القصد وقوعه، ولا نية الوجوب على الأصح هـــ.

وأما كون نية التعيين لا تجب حيث اتحد السبب، فالحجة على ذلك ما ذكره ض زيد في شرحه أنه يكون كرمضان، يعني أنه قد تعيّن لصوم مخصوص فلا يداخله[7] غيره هكذا في الغيث [8].

وقال في البحر: إذ[9] الجنس الواحد كالشيء الواحد انتهى [10].

وعن ح يكفي استحساناً لا قياساً، وغير الصوم مقيس عليه [11]، فإذا ظاهر من زوجات ثلاث مثلاً فأعتق ثلاث رقاب أو صام ستة أشهر، أو أطعم عن الثلاث، فإنه لا يجب عليه أن يعين بالنية عن ظهار كل امرأة منهن كفارة بعينها، ذكر معناه ع [وكذا لو اختلف ما يكفر به، كعتق وصوم أو إطعام] [12]، وأما إذا اختلف السبب نحو أن يكون عليه كفارة عن ظهار، وكفارة عن قتل مثلاً، فإنه يجب عليه التعيين كما يجب عليه التعيين في الصوم عن النذر وعن القضاء، وإذا لزم ذلك في الصوم لزم مثله في الإعتاق والإطعام، فلو صام أربعة أشهر عن كفارة الظهار، وعن كفارة القتل لم تجز[13] عن أيهما، وكذلك لو

---

1 - **البحر الزخار دار الأندلس(٤ / ٢٣٧).وشرح الأزهار - (٢ / ٥٠١) و روضة الطالبين - (٨ / ٢٩٩).**
2 - **المجادلة: من الآية٤.**
3 - **في (أ) حال.**
4 - **الزيادة من (أ) .**
5 - **في (أ) فكانت.**
6 - **تقدم تخريجه صـــــ٧٧ .**
7 - **في (أ) يداخل.**
8 - **الغيث المدرار ج٢(خ).**
9 - **في (أ) إذا.**
10 - **البحر الزخار دار الأندلس(٤ / ٢٣٨).**
11 - **المرجع السابق بنحوه.**
12 - **استدركت في الحاشية من (ب) .**
13 - **في (أ) تجزه .**

اعتق عبدين عنهما من دون[١] تعيين ما لكل واحدة منهما[٢]، وعن ش لا يجب التعيين ولو اختلف السبب، إذ قال تعالى فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ ﴾[٣] ولم يفصل [٤].

قلنا: يعني عما سيقت له الآية من ظهار أو قتل.

قال في البحر: فإن التبس السبب جاز أن ينوي عما[٥] عليه إجماعا إن تعذر التعيين انتهى [٦].

ويجب في نية التكفير أن تكون مقارنة أو متقدمة بيسير، وفي شرح الإرشاد ما معناه أنه يجب في نية العتق والتمليك، أن تكون مقارنة بخلاف نية الصوم، فقد[٧] علم في بابه وجوب تبييت نيته، قال: ولا يجب تعيين الكفارة حتى لو كان عليه كفارة ظهار، وكفارة قتل، فأعتق رقبتين عما عليه من الكفارة أجزأه، بل لو نسي سبب ما عليه واعتق بنية الكفارة أجزأه، وفرق بين نية الكفارة ونية الصوم والصلاة، حيث يعتبر فيها التعيين بأن للعبادات المالية شبه[٨] بالغرامات، فاكتفى فيها بأصل النية بخلاف العبادات البدنية، فكان بابها أضيق ولهذا لم يجز فيها التوكيل انتهى هـ [٩].

قال في البحر: " ولو اعتق نصف عبده عن كفارته عتق جميعه، ولم يجزه إذ عتق النصف الثاني بالسراية لا بنية الكفارة، ط القصد عتق الرقبة وقد[١٠] حصل.

قلنا: لا عمل إلا بنية.

قال: ولو أعتق نصف عبدين عتقاً ولم يجزه، إذ ليس رقبة كاملة، ش النصفان كالواحد.

قلنا: أوجبت الآية رقبة، قال ومن ظاهر [من] [١١] زوجته المملوكة ثم لزمته الكفارة بالعود فاشتراها وأعتقها عن ظهاره أجزأته[١٢] انتهى [١٣].

---

1 - نهاية ورقة ١٤٠ من (ب).
2 - شرح الأزهار - (٢ / ٥٠١).
3 - المجادلة: من الآية٤.
4 - البحر الزخار دار الأندلس(٤ / ٢٣٨).
5 - في (أ) مما والصحيح ما أثبته.
6 - البحر الزخار دار الأندلس(٤ / ٢٣٨).
7 - في (أ) وقد.
8 - في (أ) شبهاً .
9 - شرح الإرشاد (١٤٨/٢).
10 - في (ب) فقد.
11 - الزيادة من (أ) .
12 - في المخطوط " أجزته" .
13 - البحر الزخار دار الأندلس(٤ /٢٣٦، ٢٣٧).

قوله عليه السلام: " **وَلَا تَتَضَاعَفُ إلَّا لِتَعَدُّدِ الْمُظَاهَرَاتِ أَوْ تَخَلَّلَ الْعَوْدُ وَالتَّكْفِيرُ** "أي لا تتعدد الكفارات إلا لتعدد الزوجات اللاتي ظاهر منهن، فإن الكفارات تتعدد حينئذ بحسبهن وسواء ظاهر منهن بلفظ واحد أو بألفاظ متعددة هذا هو المذهب [١].

وكذلك إذا ظاهر من زوجته ثم عاد فكفر، ثم ظاهر منها ثم عاد فكفر ثم كذلك، فإنها تتعدد عليه الكفارات بحسب ذلك، ولا تتعدد الكفارات فيما عدا هاتين الصورتين عند أهل المذهب .

وقال ك: من ظاهر من نسوة متعددات، فعليه كفارة واحدة سواء كان[٢] بلفظ أو ألفاظ[٣]، وعند أص ش إن تعدد اللفظ تعددت إلا فقولان أحدهما كقولنا [٤]، والثاني كقول ك.

وأما إذا كانت الزوجة واحدة فظاهر منها مراراً من دون تخلل العود والتكفير فلا يلزمه إلا كفارة واحدة على المذهب، وهو قول ك[٥].

وقال زيد بن علي [عليه السلام] [٦] وح وهو أحد قولي ش بتكرر الكفارة إن كان في مجالس، ولو لم يتخلل العود لا حيث كان في مجلس واحد إذ هو تأكيد ،[٧] وعن ش إن لم يقصد التأكيد تكررت كالطلاق [٨].

قلنا: لا نسلم تكرر الطلاق ثم أن النبي صلى الله عليه وآله لم يسأل المظاهر عن التكرير، وهو في محل التعليم، ولا خلاف أنها لا تتكرر[٩] إذا كان المجلس واحدا إلا عن الصادق حكاه عنه في البحر [١٠].

أما الحجة على تعدد الكفارة بتعدد النسوة فالقياس على الطلاق، وأما [على] [١١] أنها لا تتعدد في الزوجة الواحدة ولو تعددت المجالس إن لم يتخلل التكفير، فالقياس على الأيمان

---

1 - شرح الأزهار - (٢ / ٥٠٢).
2 - نهاية ورقة ١٣٣من (أ) .
3 - بداية المجتهد - (٢ / ٩١)و شرح الأزهار - (٢ / ٥٠٢).
4 - الوسيط (٦ / ٤٢). وأسنى المطالب في شرح روض الطالب (٣ / ٣٦٢). وفتح الوهاب - (٢ / ١٦٤). وبداية المجتهد - (٢ / ٩١).
5 - بداية المجتهد - (٢ / ٩١).
6 - الزيادة من (ب).
7 - شرح الأزهار - (٢ / ٥٠٢)و بدائع الصنائع - (٣ / ٢٣٥) والبحر الرائق - (٤ / ١٠٦).
8 - الوسيط (٦ / ٤٢) وأسنى المطالب في شرح روض الطالب (٣ / ٣٦٢) وفتح الوهاب - (٢ / ١٦٤)وبداية المجتهد - (٢ / ٩١).
9 - في (أ) تكرر .
10 - البحر الزخار دار الأندلس(٤ / ٢٣٤).
11 - الزيادة من (أ) .

الكثيرة في شيء واحد، فإن الكفارة تكون واحدة ولا عبرة بتعدد مجالس الأيمان، وإنما اعتبر التكفير مع العود في تعدد الكفارة، ولم يكتف[1] في ذلك بتخلل العود وحده، لأن حكم الظهار باق ما لم تخرج الكفارة فلا ثمرة لتخلل العود وحده، ذكر معنى ذلك جميعه في الغيث[2].

---

1 - **في (أ) يكف .**

2 - **الغيث المدرار ج٢(خ) .**

بـــابُ الْإِيلَاءِ

هو في أصل اللغة " الحلف مطلقاً "[1] سواءً كان مقيداً بوقت أم لا، وسواءً كان من الزوجة أم من غيرها.

وهو مصدر إلى، يقال: إلى إيلاء وأليَّة [2].

قال الأعشى[3]:

فآليتُ لا أرثي لها من كَلالَةٍ ولا من وجاً [4]حتّى تُلاقي محمّدا[5]

وهو في الشرع: الحلف من الزوجة أربعة أشهرٍ فصاعداً[6] .

والأصل فيه من الكتاب قوله تعالى: (لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ[تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ][7])[8] الآية.

ومن السنة [نحو] [9] ما أخرجه البخاري وغيره، من رواية أنس بن مالك قال آلى رسول الله صلى الله عليه وآله من نِسَائِهِ شَهْرًا وَكَانَتْ انْفَكَّتْ قَدَمُهُ[10] فَجَلَسَ في عُلِّيَّةٍ[11] له فَجَاءَ [12] عُمَرُ فقال أَطَلَّقْتَ نِسَاءَكَ ؟ قال لَا وَلَكِنِّي [13]آلَيْتُ مِنْهُنَّ شَهْرًا فَمَكَثَ تِسْعًا وَعِشْرِينَ ثُمَّ نَزَلَ فَدَخَلَ على نِسَائِهِ[14] هذه إحدى روايات الحديث المذكور، وفي معناه أحاديث أخرى.

---

1 -أنيس الفقهاء - (١ / ١٦١)و الزاهر - (١ / ٣٣١) بنحوه.

2 -المرجعين السابقين. والمغني - (٨ / ٥٠٣)بنحوه.

3 -هو ميمون بن قيس بن جندل بن شراحيل، ويكنى أبا بصير، وكان يقال لأبيه قيس بن جندل قتيل الجوع، سمي بذلك لأنه دخل غارا يستظل فيه من الحر فوقعت صخرة عظيمة من الجبل فسدت فم الغار فمات فيه جوعا، وهو أحد الأعلام من شعراء الجاهلية وفحولهم وتقدم على سائرهم . (الأغاني لأبي الفرج الأصبهاني،-دار الفكر- لبنان، تحقيق: علي مهنا وسمير جابر(ج٩/ص١٢٧).

4 - في المصدر "حَفىً" .

5 - كتاب العين لأبي عبد الرحمن الخليل بن أحمد الفراهيدي- دار ومكتبة الهلال – تحقيق: د/ مهدي المخزومي ود.إبراهيم السامرائي (٣ / ٣٠٦).والبحر الزخار دار الأندلس (٢٤١/٤).

6 - البحر الرائق - (٤ / ٦٥)بنحوه.

7 - الزيادة من(ب).

8 -(البقرة: من الآية٢٢٦)

9 - الزيادة من(ب).

10 -أي انفرجت والفك انفراج المنكب أو القدم عن مفصله. (عمدة القاري ج١٣/ص٢١).

11 - هي العلية المشرفة في السطوح .

12 -في (أ) "ولكن" وفي(ب) " فحاءه " وما أثبته هو الوارد في المتن كما في البخاري.

13 -في المخطوط " ولكن" وما أثبته هو الوارد في المتن كما في البخاري.

14 -أخرجه البخاري في صحيحه- كِتَاب المظالم -باب الغرفة والعلية المشرفة في السطوح وغيرها -رقم ٢٣٣٧ (ج ٢ /ص ٨٧٤).

والإجماع منعقد على إباحته ما لم يقصد به الضرار، فيكون محظوراً [١].

قوله عليه السلام: "**هو أقسام مثل مظاهر** "يعني أنه يشترط في صحة الإيلاء أن يكون أقساماً بالله تعالى، أو بصفة من صفات ذاته كالقدرة والعلم والحياة بمعنى القادرية، والعالمية، والحيية، أو من صفات أفعاله التي لا توصف بنقيضها، كعهده، وميثاقه، وذمته، وأمانته، وكرمه، قيل أو بالتحريم على القول بأنه يمين لا يصفه بوصف نقيضها كرضاه وإرادته وغضبه ونحوها، ولا باليمين المركبة من شرط وجزاءٍ، نحو أن يقول إن وطئتك فعلي عتق رقبة أو صيام شهرٍ أو نحوهما إذ لا تسمى إليه ، وعند ح وقول للشافعي يصح باليمين المركبة[٢] قال ح: إلا بالصلاة [٣][٤].

وقوله: " مثل مظاهر"، معناه أنه يشترط أن يكون زوجاً مكلفاً مختاراً مسلماً غير أخرس، فلا يصح من غير زوج كإيلاء السيد من مملوكته، لقوله تعالى**(**مِنْ نِسَائِهِمْ**)**[٥] والمراد الزوجات عرفاً لقوله تعالى **(** وَإِنْ عَزَمُواْ الطَّلَاَقَ **)**[٦] وهي لا تطلق وإنما يكون يميناً فقط، ولا يصح الايلاء من الأجنبية ولو علقه بزواجتها للآية، وكالطلاق ولو تزوجها في المدة، خلاف ك والطبري [٧] حيث تزوجها وقد بقيت من المدة أربعة أشهر فصاعداً، قياساً على إلى من زوجته ثم خالعها ثم عقد بها في المدة.

قلنا: هذه إلى منها وهي زوجته فافترقا، ولا يصح من المطلقة ولو رجعية[٨/] كالأجنبية خلافاً لمن قال بتوالي الطلاق، وبعض أهل المذهب [٩].

ولا يصح من غير المكلف كالصبي والمجنون لرفع القلم عنهما، وفي السكران الخلاف، ولا ينعقد من المكره لما مر في الطلاق والظهار، ولا من الكافر لاستلزامه الكفارة

---

1 - **إعانة الطالبين - (٤ / ٤٢).**

2 - **هِيَ مَا تَكَرَّرَ ذِكْرُهَا وَتَرْكِيبُهَا مِنْ شَرْطٍ وَجَزَاءٍ ، يَخْتَلِفُ حُكْمُهَا إنْ تَضَمَّنَتْ حَثًّا ، نَحْوُ أَنْ يَقُولَ : امْرَأَتُهُ كَذَا لَيَفْعَلَنَّ كَذَا، أَوْ مَنْعًا، نَحْوَ امْرَأَتُهُ كَذَا لَا أَفْعَلُ كَذَا، أَوْ تَصْدِيقًا، نَحْوُ إنْ لَمْ تَكُنْ فَعَلْت كَذَا فَامْرَأَتِي كَذَا، أَوْ بَرَاءَةً، نَحْوَ امْرَأَتُهُ كَذَا مَا فَعَلَ كَذَا، فَيَمِينٌ مُطْلَقًا، أَيْ سَوَاءٌ تَقَدَّمَ الشَّرْطُ أَمْ تَأَخَّرَ.(التاج المذهب لأحكام المذهب - (٥ / ٤٩١). وكذلك اليمين المركبة: نحو امرأته طالق أو عبده حر لا وطئ أربعة أشهر إذ لا يسمى الية بتشديد الياء أو ماله صدقة أو عليه نذر أو امرأته طالق أو صوم كذا الخ (حاشية شرح الأزهار - (٢ / ٥٠٣).**

3 - **نحو عليه صلاة ركعتين ان وطئ زوجته فلا ينعقد عنده.(حاشية شرح الأزهار - (٢ / ٥٠٣)**

4 - **شرح الأزهار - (٢ / ٥٠٣).**

5 - **(البقرة: من الآية٢٢٦)**

6 - **(البقرة: من الآية٢٢٧)**

7 - **البهجة في شرح التحفة –لأبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي-دار الكتب العلمية - لبنان / بيروت - ١٤١٨ هـ م-ط١ تحقيق : ضبطه وصححه: محمد عبد القادر شاهين (١ / ٥١٦).**

8 - **نهاية ورقة ١٤١ من (ب).**

9 - **شرح الأزهار - (٢ / ٥٠٣)بنحوه .**

وهي قربة [١].

وقال الأوزاعي وح وش: بل يصح من الذمي إذ لم تفصل الآية ويكفر بالعتق[٢].

قلنا: خصص الآية ما ذكرنا من استلزامه الكفارة، ولا من الأخرس لعدم النطق بالقسم[٣]، ويصح من العبد إجماعا إذ لم تفصل الآية، ومن المريض والمحبوس والمجبوب ولو مستأصلاً لعموم الآية [٤].

قيل: ويحتمل أن لا ينعقد من المستأصل لاستحالة الوطء منه، ويصح من الصغيرة والمجنونة والرتقاء[٥]، والقرناء[٦] ونحوهن إذ لم تفصل الآية [٧] .

وقال بعض الشافعية: لا يصح من الرتقاء والقرناء[٨]، وقال بعضهم يصح منهما لإمكان زوال المانع، لكن لا تضرب المدة إلا إذا زال المانع ويصح من غير المدخولة، خلاف الباقر والصادق والناصر [٩]. قلنا: لم تفصل الآية .

قوله عليه السلام " **لَا وَطْءَ [وَلَوْ لِعُذْرٍ مثل مظاهره]** [١٠] " هذا يفيد أنه لو حلف من مقدمات الوطء كالتقبيل، والعناق والمضاجعة وسائر الاستمتاع لم يكن مولياً، ولعل ذلك إجماع، ويفيد أيضاً إطلاق الوطء، عدم الفرق بين أن يحلف منه لعذر أم لغير عذر، إذ لم تفصل الآية.

وعن ك: فيمن حَلَفَ لَا وَطِئَ زَوْجَتَهُ حَتَّى تَفْطِمَ وَلَدَهَا أنه لا يكون مولياً بذلك، إذ القصد بذلك منفعة الولد لا الايلاء[١١] واستدل بنحو حديث أَسْمَاءَ بِنْتِ يَزِيدَ [١٢] [أو بنت أبي

1 - شرح الأزهار - (٢ / ٥٠٣) .
2 - بدائع الصنائع - (٣ / ١٧٥)و الأم - (٥ / ٢٨٨).
3 - شرح الأزهار - (٢ / ٥٠٣).
4 - العناية شرح الهداية - (٥ / ٤٥٤)و تحفة الفقهاء - (٢ / ٢٠٨).
5 - الرتق بفتح التاء انسداد الرحم بعظم ونحوه والمرأة الرتقاء التي لا يصل إليها زوجها (أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء لقاسم بن عبد الله بن أمير علي القونوي- دار الوفاء – جدة-ط١/ ١٤٠٦-تحقيق : د. أحمد بن عبد الرزاق الكبيسي (١ / ١٥١).
6 - القرن في الفرج مانع يمنع سلوك الذكر فيه إما غدة غليظة أو لحمة مرتقة أو عظم وامرأة قرناء بها ذلك (أنيس الفقهاء - (١ / ١٥١).
7 - شرح الأزهار - (٢ / ٥٠٣) بنحوه .
8 - روضة الطالبين- (٦ / ٢٠٥).
9 - شرح الأزهار - (٢ / ٥٠٤).
10 -الزيادة من (أ) .
11 - التاج والإكليل لمختصر خليل - (٦ / ١٤٣).
12 - هي أسماء بنت يزيد بن السكن بن قيس بن زعوراء لها صحبة . الثقات لابن حبان - (٣ / ٢٣).

بكر][1] قالت سمعت رَسُولَ اللَّهِ صلى الله عليه وآله يقول": لَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ سِرًّا فإن الْغَيْلَ يُدْرِكُ الْفَارِسَ فَيُدَعْثِرُهُ عن فَرَسِهِ " أخرجه أبو داود [2].

الغيل: بفتح الغين المعجمة ثم ياء مثناه من تحت ساكنة لبن الحامل، وهو مضر بالرضيع والغيلة والغيال بكسر الغين فيهما جماع المرضع [3].

[قلنا فيلزم لو إلى ليتفرغ للعبادة أن لا يكون مولياً، ولا قائل بذلك][4].

وينعقد الايلاء وإن لم يقصد الضرار عند الأكثر خلاف ص بالله وك[5].

قلنا: لم يفصل الدليل .

[و] [6] قوله عليـــلم:" **لَا بِتَشْرِيكٍ** " إشارة إلى أن الايلاء كما ينعقد من زوجة واحدة ينعقد من أكثر، نحو أن يحلف لا وطئ زوجاته فيكون مولياً منهن جميعاً وذلك ظاهر، وأما حيث إلى من واحدة معينة ثم شرك معها غيرها، نحو أن يقول والله لا وطئت فلانة ثم يقول وأنت يا فلانة مثلها، أو شركتك معها، [غيرها] [7] فإنه ينعقد في الأولى فقط دون التي شركها معها، والوجه في ذلك أن التشريك كناية، واليمين كناياتها محصورة كما سيأتي.

أما حيث قال: وأنت يا فلانة ولم يزد على ذلك، فإنه يكون مولياً منهما كلتيهما لأن ذلك صريح .

فــــــرعٌ: وإذا حلف لا وطئ زوجاته ونوى جميعاً لم يحنث، حيث وطئهن إلا[8] واحدة إجماعاً، وأما إذا لم ينو جميعاً فإنه يحنث بوطء إحداهن، وينحل اليمين من الجميع عند الهادي وط وك إذ لا يصدق انتقاء الوطء مع ذلك، وعند ع والفريقين لا يحنث إذ حلف من الجميع[9].**قلنا**: اللفظ محتمل.

---

1 - شك المصنف فأدرج اسم بنت أبي بكر وليست موجودة في سند الحديث.وأسماء هي بنت أبي بكر الصديق زوج الزبير بن العوام يقال لها ذات النطاقين، توفيت بمكة سنة ثلاث وسبعين (التعديل والتجريح - (٣ / ١٢٧٩).

2 - أخرجه أبو داود -كتَاب الطِّبِّ - بَاب في الْغَيْلِ- رقم٣٨٨١ (ج٤/ص٩). وحسنه الألباني في(صحيح وضعيف الجامع الصغير - (٢٧ / ٤٢٠) حسن، وضعفه في (صحيح وضعيف سنن ابن ماجة - (٥ / ١٢).

3 - تهذيب اللغة ــ (٨ / ١٧١)بنحوه .

4 - ما بين المعقوفين كتب في(ب) بعد أخرجه أبو داود .

5 - شرح الأزهار - (٢ / ٥٠٣). و التاج والإكليل لمختصر خليل - (٦ / ١٥١).

6 - الزيادة من (ب) .

7 - الزيادة من (ب) .

8 -نهاية ورقة ١٣٤من (أ) .

9 - البحر الزخار- دار الأندلس(٤ / ٢٤٢).

قال الإمام ح: ولا تتعدد الكفارة على القولين إذ هي يمين واحدة، قال فإن طلق واحدة بقي حكم الايلاء في البواقي وكذا لو ماتت هـ [١].

فـــرعٌ : ويصح منهما عند القاسمية والفريقين، وك والاوزاعي فمن حلف لا وطئ امرأة من نسائه انعقد الايلاء منهن جميعاً للإيهام كما في الطلاق خلاف الناصر مطلقاً[٢] وقال ح وش: ينعقد ما لم تمت إحداهن فيسقط لا إذا طلقها [٣].

وقال أبو يوسف وزفر ورواية عن ح: لا ينعقد حتى يطأ الثلاث فينعقد للرابعة[٤]

قلنا: لا وجه لأي لك لمخالفته ظاهر الآية إذ لم يفصل فيها بين الواحدة والأكثر.

قال ط: ويوقف لكل واحدة منهن بعد مضي الأربعة ومن وطئها ارتفع حكم الايلاء في حقها لا غير [٥].

قوله عليه السلام: " **مُصَرِّحًا مُطْلِقًا أَوْ كَانِيًا نَاوِيًا** "يعني أن المولى إن علق حلفه بصريح الوطء لم يحتج إلى نية على قولنا بأن الصرايح لا تفتقر إلى النية، وإنما زاد المؤلف لفظة مطلقاً هاهنا وإن كان ذلك خلاف عادته لئلا يتوهم أن قوله ناوياً عائد إلى الصريح والكناية وليس كذلك.

ومثال الصريح أن يحلف لا جامعها في قبلها أو لا أولج ذكره أو حشفته في قبلها، أولا افتضها بذكره وهي بكر أو نحو ذلك مما لا يحتمل غير الوطء في القبل.

قيل: ولفظ الجماع والوطء والوقاع صريح عرفاً، وكذلك الافتضاض في حق البكر وإن لم يقل بذكره في الجميع إذ لا يحتمل غيره في العرف [و] [٦] قيل وكذا [لفظ] [٧] الفرج إنما هو صريح عرفاً لا أصلاً لاحتماله القبل والدبر.

قيل: ومن شرط صحة الايلاء أن يكون الوطء ممكناً شرعاً، فلو حلف في حل حيضها أوالنفاس أو في الدبر، فإن في ذلك لا يكون إيلاء بل يميناً فإن فعل إثم وكفر، وأما حيث علق حلفه بما هو كناية عن الوطء نحو أن يحلف لا قربها أو لا غشيها أو لا أتاها أو لا

---

1 - المنتزع المختار من الغيث المدرار المعروف بشرح الأزهار - (١١ / ٢٦٩).
2 - تهذيب المدونة - (١ / ٣٨٢).
3 - المجموع - (١٧ / ٣١٢).
4 - تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق لفخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي.-دار الكتب الإسلامي. ١٣١٣هـ.-القاهرة. (٢ / ٢٦٥).
5 - البحر الزخار دار الأندلس(٤ / ٢٤٣).
6 - الزيادة من (أ) .
7 - الزيادة من (ب) .

ضاجعها أو نحو ذلك، فإنما يكون ذلك إيلاءً إذا نواه لاحتماله، فيسأل عن نيته فإن قال نويت الجماع كان مولياً وإن قال لم أنوه قبل قوله [١].

فـــرع : وينعقد الايلاء حال الغضب إجماعاً، وكذلك حال الرضا عند الأكثر، خلافاً لابن عباس والناصر وك [٢].

قلنا: لم يفصل الدليل.

قوله عليـلم: " **مُطْلَقًا أَوْ مُوَقَّتًا بِأَرْبَعَةٍ أَوْ ما في حكمها** " يعني سواء كان المولى مطلقاً للايلاء غير مؤقت له بزمان أصلاً أو مؤقتاً له بزمان، فإن الايلاء ينعقد مع الإطلاق عند أهل المذهب وهو قول الأكثر، وعلى قول ع والمنتخب لا ينعقد المطلق لدلالة الآية على التقييد[٣].

قلنا: بل إنما دلت على مدة التربص فقط ، وأما المؤقت فلا خلاف في صحة انعقاده لكن عند العترة والحنفية أنه ينعقد بالأربعة الأشهر دون اعتبار زيادة، وعند ش وك لا بد من زيادة على الأربعة يتسع للمرافعة إذ يرتفع الايلاء بالأربعة ولا يثبت حكمه قبلها فبطل[٤].

لنا ظاهر الآية، ولا ينعقد بدون الأربعة عند الأكثر إذ علق حكمه بها في الآية، وعن ابن مسعود وجماعة من التابعين ينعقد بدونها لحصول المضارة بها وهي العلة[٥].

قال في البحر قلت: ولعلهم يجعلون المرافعة بعد الأربعة لئلا يخالف النص [٦].

[وقول المؤلف: "أو ما في حكمها" معناه ما في حكم الإطلاق وهو التوقيت بموتهما أو موت أحدهما وما[٧] في حكم التوقيت بالأربعة وهو التوقيت بما يعلم تأخره عنها، نحو أن يقول حتى يخرج الدجال أو حتى تطلع الشمس من المغرب، أو حتى يقدم فلان وهو في مسافة الأربعة فما فوق] [٨] وكذلك الاستثناء بما يبقى معه الأربعة[٩/] [[١٠]نحو أن يقول لا

1 - شرح الأزهار - (٢ / ٥٠٤) بنحوه.
2 - البحر الزخار -دار الأندلس (٢٤١/٤)و المدونة - (٧ / ٢٨).
3 -المنتخب (ص١٥٩)وشرح الأزهار - (٢ / ٥٠٥).
4 - شرح الأزهار - (٢ / ٥٠٥).
5 - بدائع الصنائع - (٣ / ١٧٦).
6 - البحرالزخار – دار الأندلس(٢٤٤/٤).
7 -في (أ) أو .
8 -ما بين المعقوفين من (ب) استدرك على جانبي الصفحة.
9 - نهاية ورقة ١٤٢ من (ب).
10 -من هنا بدأ السقط من (ب) حيث سقط منها قرابة الصفحتين.

جامعتك سنة إلا مرة في شهري [هذا][١] أو نحو ذلك هكذا اختار المؤلف [عليلم][٢]أنه يعتبر تعيين وقت الوطء لتحقق كون الايلاء مؤقتاً بأربعة أشهر فصاعداً، قبل الوطء أو بعده ولذلك عدل عن عبارة الأزهار[٣] لما كانت لا تؤدي هذا المعنى صريحاً.

وأما الاستثناء الذي لا يبقى معه الأربعة فإنه يبطل به الايلاء، ومثاله أن يقول: لا وطئتك سنة إلا مرة أو إلا مرتين ونحو ذلك، إذ لا يتحقق أن مدة الايلاء أربعة أشهر فصاعداً لأجل هذا الاستثناء، وإنما كان التوقيت بموت أيهما في حكم المطلق لأنه غاية الزوجية، وعن ابن عباس لا ينعقد الايلاء إلا مؤبداً إذ العلة الإضرار [٤].

قلنا: الإضرار يحصل بالمؤقت أيضاً، يؤيد ذلك قصة [فعل] [٥] عمر وحاصلها أن عمر كان يعسى[٦] بنفسه فسمع ذات ليلة امرأة تنشد :

ألا طال[٧] هَذَا اللَّيْلُ وأزور[٨] جَانِبُهُ وَأَرَّقَنِي أَنْ لَا خَلِيلَ أُلَاعِبُهْ

إلى آخر الأبيات[٩] فسأل [عمر] [١٠] عن حالها فأخبر أن زوجها خرج للجهاد فسأل عمر نسوة كم تصبر المرأة من زوجها فقلن شهرين ويقل صبرها في الثالث ويفنى في أربعة أشهر فكتب عمر إلى أمراء الأجناد أن لا يحبس رجل من المجاهدين عن أهله أكثر من أربعة أشهر، فكان [بعد ذلك] [١١] كلما مضى للرجل في الغزو أربعة أشهر رجع إلى أهله وخرج[١٢] مكانه غيره[١٣]، ذكر هذه القصة في الانتصار[١٤] وأكثرها بلفظه،

1 -الزيادة من (ج) .
2 -الزيادة من (أ) .
3 -الأزهار - (١ / ٨٣).
4 -بدائع الصنائع - (٣ / ١٧١).
5 -الزيادة من (ج) .
6 -يطوف بالليل.
7 -في البيهقي " تَطَاوَلَ".
8 -في البيهقي" وَاسْوَدَّ".
9 -فَوَ اَللَّه لَوْلَا اللَّهُ تُخْشَى عَوَاقِبُهْ *** لَحُرِّكَ مِنْ هَذَا السَّرِير جَوَانِبُهْ
مَخَافَةَ رَبِّي وَالْحَيَاءُ يَصُدُّنِي *** وَأَخْشَى لِبَعْلِي أَنْ تُنَالَ مَرَاتِبُهْ.
10 -الزيادة من (ج) .
11-الزيادة من (ج) .
12-نهاية صــ٦٠٢٥ من (ج) .
13-ينظر سنن البيهقي الكبرى- كتاب السير - باب ما جاء في تجهيز الغازي وأجر الجاعل- رقم١٧٦٢٨(ج٩/ص٢٩).و مصنف عبد الرزاق -باب حق المرأة على زوجها وفي كم تشتاق- رقم ١٢٥٩٣(ج٧/ص١٥١).
14-الانتصار على علماء الأمصار ج٥ (خ).

وفي العزيز نحوها[١].

وقال في التلخيص: لم أقف عليه مفصلاً هكذا، وإنما ذكر البيهقي في أوائل كتاب السير من رواية ك عن [ابن] [٢] عبدالله بن دينار[٣] عن ابن عمر فذكر بمعناه وفيه الشعر فقال عمر لحفصة كم أكثر ما تصبر المرأة عن زوجها قالت ستة أشهر، أو أربعة"[٤]. كذا ذكره بالشك، انتهى [٥]. ثم حكى القصة من طرف آخر بألفاظ تزيد وتنقص والله أعلم.

قوله أيده الله " **فترافعه** [٦] **بعدها وَإِنْ قَدْ عَفَتْ إنْ رَجَعَتْ فِي الْمُدَّةِ** "هذا بيان لحكم الايلاء وهو أنه إذا تكاملت شروطه ثبت للزوجة حق المطالبة بالفيء إجماعاً، وإنما ثبت لها ذلك بعد مضي الأربعة الأشهر عند العترة وش وك وابن حنبل، وهو المروي عن علي [عليلم][٧] وعمر وعائشة، لظاهر أنه التربص [٨].

وذهب ابن مسعود، وزيد بن ثابت، والثوري، وح إلى أن لها أن تطالب بالفيء قبل تمام الأربعة، لقراءة ابن مسعود فإن فاؤا فيهن قالوا وإذا جاز الفيء فيهن جازت المطالبة به[٩].

قلنا: يبطل بذلك فائدة التربص ثم أن هذه القراءة [١٠/] الشاذة إنما تناولت الفيء ولا جامع بينه وبين الطلب، ومعنى المرافقة إحضاره إلى الحاكم ومطالبته برفع التحريم الذي حصل بالايلاء.

---

1 -العزيز (٨ / ٢٨١). والمراد به كتاب "الشرح الكبير" المسمى بـــ " العزيز" لعبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم بن الفضل بن الحسن القزويني الإمام الجليل أبي القاسم الرافعي، وقد تورع بعضهم عن إطلاق لفظ العزيز مجردا على غير كتاب الله =فقال الفتح العزيز في شرح الوجيز. ينظر طبقات الشافعية الكبرى لتاج الدين بن علي بن عبد الكافي السبكي- هجر للطباعة والنشر والتوزيع - ١٤١٣هـــ ط٢/ تحقيق : د. محمود محمد الطناحي ود.عبد الفتاح الحلو(ج٨ / ٢٨١).

2 -الزيادة من (ج) وليست في البيهقي.

3 -هو عبدالله بن دينار المدني، روى عن مولاه بن عمر وأنس وعدة وعنه موسى بن عقبة ومالك والسفيانان وخلق مات سنة ١٢٧ ع. (الكاشف في معرفة من له رواية في الكتب الستة (١ / ٥٤٩).

4 -أخرجه البيهقي في السنن الكبرى - كتاب السير- باب ما جاء في تجهيز الغازي وأجر الجاعل- رقم١٧٦٢٨(ج٩/ص٢٩). و عبد الرزاق في المصنف -باب حق المرأة على زوجها وفي كم تشتاق- رقم ١٢٥٩٣(ج٧/ص١٥١).

5 -التلخيص الحبير(ج٣/ص٢٢٠).

6 -في (ج) " ومرافعة ".

7 -الزيادة من (أ) .

8 - المدونة - (٧ / ١٠). والحاوي في فقه الشافعي (١٠ / ٣٤٠). والشرح الكبير لابن قدامه - (٨ / ٥٤٨). وَ شرح الأزهار - (٢ / ٥٠٥).

9 -البحرالزخار – دار الأندلس(٢٤٥/٤)وبدائع الصنائع - (٣ / ١٧١) ورد المحتار - (١٠ / ٣٤٣).

10 -نهاية ورقة ١٣٥من (أ) .

وقوله:" وإن قد عفت"، معناه أنها تستحق المطالبة بالفيء وإن كانت قد عفت عن المطالبة، وإنما يكون لها أن تطالب بعد العفو إذا رجعت عنه قبل تمام المدة التي قيدها الايلاء، وذلك لأن عفوها إنما يتعلق بالماضي دون المستقبل كما في النفقة، فإنما يصح إبراؤها عن ماضيها دون مستقبلها، وعلى أصل م بالله لا تصح رجوعها كما قال في النفقة، وأما إذا رجعت بعد مضي المدة فليس لها أن ترافعه اتفاقاً لأن التحريم قد ارتفع بمضي المدة وأما حيث لم يكن قد عفت فلها المطالبة، ولو بعد مضي المدة كالدين بعد مضي أجله ذكره في البحر[1].

قوله عليلم [2]:" **وكُلٌ مَعَ اللُّبْسِ** " يعني إذا ءآلى[3] من إحدى زوجاته لا بعينها فإن لكل واحدة منهن أن ترافعه، وكذا حيث ءآلى [4] من واحدة معينة ثم التبست سائرهن لأن كل واحدة منهن في حكم المولى منها لكنه لا يلزمه إلا كفارة واحدة ولا يلزمه إلا بوطئهن جميعاً.

قوله عليلم[5]:" **المذهب لا ولي غَيْر عَاقِلَةٍ** " يعني أن ولاية المرافعة في الايلاء إلى الزوجة المولى منها حرة كانت أم أمة فإن كانت غير عاقلة كالصغيرة والمجنونة فليس لوليهما أن يطالب لهما عند أهل المذهب [في ذلك][6]، وهو قول ش[7] وقال الإمام ح: بل يطالب لهما الإمام أو الحاكم.

قال في البحر: قلت وفيه نظر [8].

قيل: ووجه النظر كونه أثبت لهما المطالبة، وهي لم تثبت لسائر الأولياء، وإنما أشار المؤلف عليلم إلى ضعف كلام أهل المذهب في ذلك كما هي عادته لاختياره أن للولي المطالبة، وجعل وجه النظر على كلام الإمام ح كونه قصر المطالبة على الإمام والحاكم، وجعل وجه ذلك كون ولايتهما عامة، قال: وليس هذا الوجه بسديد، لأن ولاية الأب على ابنته الصغيرة أقوى من ولاية الإمام والحاكم، وليس وكون لهما ولاية في غير هذا مما له

---

1 -البحر الزخار – دار الأندلس(٢٤٦/٤).
2 -في (ج) أيده الله .
3 -كتبت في المخطوط (آلاء).
4 -كتبت في المخطوط (آلاء).
5 -في (ج) أيده الله .
6 -الزيادة من (أ) .
7 -شرح الأزهار - (٢ / ٥٠٧)والوسيط - (٦ / ٢٣).
8 -البحر الزخار – دار الأندلس(٢٤٧/٤).

تأثير في ذلك، [فكان قول الإمام ح قوياً من حيث] [١] أنه أثبت المطالبة للإمام والحاكم، وضعيف من حيث خصهما بالمطالبة انتهى.

قوله أيده الله:" **فَيُحْبَسُ حَتَّى يَفِيءَ بِالْوَطْءِ وَالْعَاجِزُ بِاللَّفْظِ ويُكَلِّفُهُ مَتَى قَدَرَ** "يعني أن الواجب بعد المرافعة إلى الإمام[٢]أو[٣] الحاكم أن يأمره بأن يفيء أو يطلق، فإن امتنع من فعل أحد الأمرين حبسه حتى بفعل أحدهما، فإن طلقها ثم راجعها أو عقد بها وقد بقي من المدة أربعة أشهر، عاد عليه حكم الايلاء فترافعه، فأما لو لم يبق من مدة الايلاء أربعة أشهر فصاعدا لم يكن لها أن ترافعه، إذ هو حينئذ بمنزلة من ابتداء الايلاء دون الأربعة بعد عودها إليه [٤].

نعم: والقول بأن الواجب أن يوقف الزوج بعد مضي الأربعة الأشهر ليفئ أو يطلق، هو مذهب العترة وظاهر مذهب ش وك والليث وهو المروي عن ابن عباس وعثمان وزيد بن ثابت لظاهر الآية[٥].

وعند ح وأصحابه والثوري أن الطلاق يقع بمضي الأربعة ولم يفئ فيها، لقوله تعالى: **(**وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلاقَ**)**[٦] بعد قوله**(** فإن فآؤا **)** أي فيهن قال ح وأصحابه ويكون بايناً إذ لا فائدة لها في الرجعي [٧].

وقيل: بل رجعي إذ لا وجه يقتضي البينونة ولقول علي عليه السلام إذا] [٨] مضت أربعة أشهر فهي تطليقة.

قلنا: محمول على أنه وقف فطلق إذ الوقف قول أربعة عشر من الصحابة لظاهر الآية ذكر ذلك في البحر[٩].

وفي صحيح البخاري عن نَافِعٍ قال: قال ابن عُمَرَ: إذا مَضَتْ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ يُوقَفُ حتى يُطَلِّقَ ولا يَقَعُ عليه طَّلَاقُ[١٠] حتى يُطَلِّقَ - يعني المولى-[١] قال: وَيُذْكَرُ ذلك عن عُثْمَانَ

---

1 -[في كلام الإمام يحيى من حيث إنه أثبت] من (ب)بدل مابين المعقوفين في (ج).
2 -نهاية صـــ٢٠٢٦ من (ج) .
3-في (ب) و بدل أو .
4 -شرح الأزهار - (٢ / ٥٠٧) بنحوه .
5 -البحر الزخار – دار الأندلس(٢٤٦/٤). والمدونة - (٧ / ١٠).والحاوي في فقه الشافعي - للماوردي(١٠ / ٣٤٠). والشرح الكبير لابن قدامه (٨ / ٥٤٨)و بداية المجتهد - (٢ / ٨٠). وَ شرح الأزهار - (٢ / ٥٠٥).
6 -(البقرة:٢٢٧).
7 -البحر الزخار – دار الأندلس(٢٤٦/٤)والاختيار لتعليل المختار - (٣ / ١٦٨). والمبسوط - (٥ / ٤٩).و بداية المجتهد - (٢ / ٨٠).
8 -هنا نهاية السقط من(ب) حيث سقط منها قرابة الصفحتين فجعلت الساقط بين معقوفتين فتأمل. واعتمدت على النسخة أ، ج.
9 -البحر الزخار – دار الأندلس(٢٤٦/٤).
10 -في البخاري " الطلاق".

وَعَلِيٍّ وَأَبِي الدَّرْدَاءِ وَعَائِشَةَ وَاثْنَيْ عَشَرَ [رَجُلًا] (٢) من أَصْحَابِ النبي صلى الله عليه وآله [وسلم] (٣) انتهى (٤).

وفي الموطأ عن علي عليه السلام أَنَّهُ كان يقول " إذا إلى الرَّجُلُ مِن امْرَأَتِه لم يَقَعْ عليه طَلَاقٌ وَإِنْ مَضَتِ الأَرْبَعَةُ الأَشْهُرِ حتى يُوقَفَ فَإِمَّا أن يُطَلِّقَ وَإِمَّا أن يَفِيءَ "(٥) انتهى هـــ.

فــــرع: فإن امتنع من الفيء(٦)والطلاق حبس كما تقدم، ولا يطلق عنه الحاكم عند العترة وبعض الحنفية، ورواية عن ابن حنبل لقوله تعالى: **(**وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلاقَ**)** (٧) فأضاف ذلك إلى الأزواج(٨).

وعن ش واسحق ورواية عن ابن حنبل يطلق عنه الحاكم، إذ الطلاق تدخله النيابة فينوب عنه كما في قضاء الدين(٩) .

قلنا: الدين حقٌ ماليٌّ فافترقا، ولحديث" الطَّلَاقُ لِمَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ" وقد تقدم (١٠)(١١).

---

1 - تفسير من المصنف وليس من البخاري.

2 -سقط من المخطوط.

3-الزيادة من (ب) .

4-أخرجه البخاري في صحيحه-بَاب قَوْلِ اللَّهِ تعالى " لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ من نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ .... -رقم٤٩٨٥(ج٥/ص٢٠٢٦).

5-أخرجه مالك في الموطأ - باب الإِيلاَءِ -رقم١١٦٢ (ج٢/ص٥٥٦).

6 -كتب في الأصل الفي .

7 -(البقرة:٢٢٧).

8 -البحرالزخار – دار الأندلس(٢٤٦/٤)وشرح الأزهار - (٢ / ٥٠٧).و البدائع للكاساني (ج٢٧٧/٣) وكشاف القناع (٣١٩/٤).

9 -ينظر البحرالزخار – دار الأندلس(٢٤٦/٤). والقوانين الفقهية لابن حزي (١٦٠/١). وروضة الطالبين (٢٢٩/٦) وكشاف القناع (٣١٩/٤).

10 -تخريجه صـــ٧٠.

11 -يرى الباحث أن القول الثاني هو الراجح لعدة أمور :

١ -قوله صلى الله عليه وآله وسلم " لا ضرر ولا ضرار " فكون الزوج ممتنعا عن الفيء أو الطلاق يلحق الضرر بالزوجة وتصبح كالمعلقة، والحاكم نصب لحل الشقاق والنزاع بين الناس، وإزالة ضرر الظالم عن المظلوم.

٢ -إذا كان قد جعل للحكمين سلطة التفريق بين الزوجين إذا رأيا ذلك، فكذلك الحاكم من باب أولى، فله ولاية عامة.

٣ -قد يكون بعض الأزواج متعنت ولا يأبه بالسجن والتضييق، وله القدرة على التحمل والأذى فيصبر على ذلك نكاية بالزوجة .

٥ - قد يهرب الزوج من وجه العدالة ويظل السنة أو السنوات، وتضل المسكينة معلقة.

لذا يحق للحاكم أن يطلق نيابة عن الزوج إذا طلبت الزوجة منه ذلك،لأنه حق لها، والحاكم يستوفي لها الحق، ولا يكون الاستيفاء إلا بعد طلبها، فإذا تم الطلب من الزوجة، فعلى الحاكم بعد أمر الزوج بالفيء أو الطلاق،ورفض الزوج ذلك أن لا يتعجل في التطليق بنفسه، وإنما يستخدم طريقة السجن والتضييق، فإن رضخ الزوج للحكم وإلا طلق الحاكم نيابة عنه .والله أعلــــم .ا.هــ

والفيئة[١] تكون بالوطء إذا كان الزوج قادراً عليه، وأقله موجب الغسل في القبل، وفي البكر إذهاب بكارتها بالوطء، فيرتفع الايلاء بذلك، ولو فعله مكرهاً أو صائماً أو محرماً أو مجنوناً أو هي كذلك أو حائضة أو نفساء[٢] وإن أثم أو حنث.

وأما العاجز أو[٣] المعذور فيفيء بلسانه حتماً عند العترة والفريقين [٤]، وقال أبو ثور لا يلزم إذ لا يزول به الضرر[٥].

قلنا: لم يمكنه إلا اللفظ فلزم كالشفيع الغايب، ولفظ الفيء فئيت وندمت على يميني ولو قدرت الآن لفعلت أو نحو ذلك، ولا يحنث باللفظ خلافاً للمنصور بالله بل بالوطء في المدة[٦]، خلافاً للحسن وقول للشافعي، فقالا: يحنث لقوله تعالى: **(فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ)**[٧][٨]، **قلنا** يعني مع الكفارة هـ.

ومتى قدر العاجز على الوطء كُلِّفَه ولم يؤخر ساعة واحدةً عند الهادي عليه السلام، إذ لا وجه يقتضي التوسيع بعد التضييق.

قال في البحر: إلا بعد مضي مدة الايلاء فيمهل يوماً أو يومين لضعف حكمه بعد مضي المدة إذ لا حنث ولا إجماع على المطالبة.

الإمام ح ويمهل حتى يأكل أو يشرب أو يصلي أو يخف[٩] الشابع أو ينام الناعس إجماعا للمسامحة في ذلك، لا شهراً ونحوه إجماعا.

وفي الثلاثة الأيام وجهان: يلزم فصلا بين قليل المدة وكثيرها ولا إذ لا عذر انتهى [١٠].

وإنما حذف المؤلف عليلم قوله في الأزهار "**وَلَا إمْهَالُ** .. إلى قوله: **[يَوْمًا أَوْ]**[١١]

---

1 -كتب في الأصل الفئة.

2 -كتب في الأصل نفسا.

3 -في (أ) و بدل أو .

4 -شرح الأزهار - (٢ / ٥٠٧)و بدائع الصنائع (٧ / ١٨٦)و الحاوي في فقه الشافعي - (١٠ / ٣٨٧).

5 -المجموع - (١٧ / ٣٣٥).

6 - شرح الأزهار - (٢ / ٥٠٧).

7 -البقرة: من الآية٢٢٦.

8 -الحاوي في فقه الشافعي - للماوردي - (١٠ / ٣٨٧).

9 -في (أ)"يجف" والصحيح ما أثبته.

10 -البحرالزخار – دار الأندلس(٢٤٧/٤).

11 -سقط من (ب).

يَوْمَيْنِ"[١] لأن القوي عنده أنه لا إمهال مطلقاً إذ لا عذر سواء كان ذلك قبل مضي [المدة][٢] ما قيد به أم بعده، واستضعف ما ذكر[٣] من التعليل لذلك إذ لا تأثير له في الحكم.

فـــــرعٌ: وإذا نشزت الزوجة مدة الايلاء لم يحتسبها وليس لها المطالبة، وفيها عذر يمنع من الوطء عقلي أو شرعي، والقول له في العجز إذ لا[٤/] يعلم إلا من جهته، وقيل: بل تطلق إن كذبته إذ الظاهر السلامة ولها أن توكل من يطالبه، فالغائب يطلق أو يرجع فوراً إلا أن يستوطن مكانه فيطلبها إليه وليس للسيد مطالبة زوج أمته ولعل ذلك إجماعٌ[٥] والله أعلم.

قوله عليه السلام: " **ويَتَقَيَّدُ بِالشَّرْطِ** " أي ويصح أن يكون الايلاء مقيداً بشرط نحو : أن يقسم لا وطئ زوجته إن دخلت الدار فمتى دخلت الدار صار مولياً ويثبت له أحكام الايلاء ، وكذا لو جعل الشرط مشيئة غير الله تعالى نحو أن يقول: إن شئت أو إن شاء زيدٌ، ويعمل في ذلك بقول من شرطت مشيئته، فأما إذا علق بمشيئة الله تعالى فإنه لا يكون مولياً، إلا أن يكون الجماع يضره فإنه يقع الايلاء لأن الله لا يشاء الامتناع منها، إلا إذا كان يضر الزوج، إذ لا يشاء إلا ما كان لفعله على تركه مزية، والامتناع مع عدم المضرة مباح لا يشاء الله [تعالى] [٦] فعله ولا تركه [٧]، كما تقدم [٨].

وهذا على قول من يصحح الايلاء ولو كان لعذر، وقد تقدم الخلاف في ذلك ، وحذف المؤلف [عليلم] [٩] قوله في الأزهار " لَا الِاسْتِثْنَاءِ إلَّا مَا مَرَّ "[١٠] لدخول ذلك يجب ما تقدم من قوله: "أو ما في حكمها" كما سبق بيانه.

قوله عليه السلام: " **ولَا تَكْفِير إلَّا بَعْدَ الْوَطْءِ** "أي لا يصح التكفير من المولى إلا بعد الوطء

---

1 - الأزهار - (١ / ٨٣).

2 -الزيادة من (ب).

3 -في (أ) ما ذكره .

4 -نهاية ورقة ١٣٦من (أ) .

5 -البحرالزخار – دار الأندلس(٢٤٦/٤ ، ٢٤٧)بنحوه.

6 -الزيادة من (أ).

7 -إن أراد المصنف بالمشيئة هنا (المشيئة الشرعية) فكلامه مسلّم به، وإن أراد بها (المشيئة الكونية) فغير مسلّم، لأن مشيئة المخلوق تابعة لمشيئة الله تعالى، فإذا شاء المخلوق شيئاً فنجزم أنه من مشيئة الله الكونية التي قدرها ولا يريدها ، قال تعالى: "وما تشاؤون إلا أن يشاء الله "(الإنسان : ٣٠) ينظر شرح العقيدة الواسطية (٥٧، ٥٩، ٦٥) و شرح العقيدة الطحاوية ٢ - (١ / ١٢١) بتصرف.

8 -شرح الأزهار - (٢ / ٥٠٨) بنحوه.

9 -الزيادة من (أ).

10 -الأزهار - (١ / ٨٣).

[و][1] سواء كان قادراً أم عاجزاً ولو فآء بلسانه فليس الفئة باللسان من العاجز قائمةً مقام الوطء في ذلك .

قوله عليه السلام: " **ويَهْدِمُهُ التَّثْلِيثُ لَا الردة** " فمن إلى من زوجته ثم طلقها ثالثة إنهدم الايلاء وبطل حكمه ولو تقدمت طلقتان على الايلاء فإذا تزوجت غيره ثم أبانها فتزوجها المولي لم يعد عليه حكم الايلاء، [ولو كانت مدة الايلاء باقية] [2] لأن التثليث يهدم الايلاء كما يهدم شرط الطلاق،وأسقط قوله في الأزهار" لَا الْكَفَّارَةُ " [3] استغناء بما سيأتي من بيان أحكامها في باب الكفارات[4] إذ هو أخص بذلك.

قيل ي: وإنما هدمت الثلاث الايلاء ولم تهدم الظهار، لأن الايلاء متضمن للطلاق فأشبه الطلاق المشروط ، وقد ثبت أن الثلاث تهدمه بخلاف الظهار فليس متضمناً للطلاق.

وقوله: " لا الردة" يعني فإنها لا تهدم حكم الايلاء ووجه الفرق بينهما[5] أن التثليث يرفع الحل بالكلية ويحصل به الحرمة التامة فيصير بعده كالمولي من الأجنبية فينهدم به ما ثبت من الأحكام بالزوجية لبطلانها بالتثليث بالكلية بخلاف الردة، وكذا[6] حكم سائر الفسوخ.

قال في البحر: مسألة ،المذهب وإذا انفسخ نكاح المولي منها بأي وجه ثم عادت إليه ولو بعد زوج عاد [عليه] [7] حكم الايلاء للآية ، ش لا كعودها إليه بعد التثليث انتهى [8].

والحجة لأهل المذهب ما تقدم قريباً من وجه الفرق والله أعلم، وحذف قوله في الأزهار"والْقَوْلُ لِمُنْكِرِ وُقُوعِهِ ومُضِيِّ مُدَّتِهِ والْوَطْءِ "[9] لما سبقت الإشارة إليه من أن القول لمنكر خلاف الأصل والظاهر غالباً وسيأتي تحقيق ذلك مفصلاً في كتاب الدعاوى [إن شاء الله تعالى] [10] .

---

1 -الزيادة من (أ).
2 -الزيادة من (أ).
3 -الأزهار - (١ / ٨٣).
4 -في (أ) الكفارة .
5 -في (أ) بينها.
6 -في (أ) وكذلك .
7 -الزيادة من (أ).
8 -البحر الزخار – دار الأندلس(٢٤٨/٤).
9 -الأزهار - (١ / ٨٣).
10 -الزيادة من (ب).

وكذلك حذف قوله:" وسَنَةً ثُمَّ سَنَةً إِيلَاءَانِ"[1] لا سنتان لما فيه من الإشكال، والصحيح ما ذكره ح: أن قول القائل لزوجته: والله لا وطئتك سنة ثم سنة إيلاء واحداً كما لو قال سنتين، وأنه لا يلزم في الصورتين إلا كفارة واحدة، حيث وطئ قبل كمال السنتين بخلاف ما لو قال والله[٢/] لا وطئتك أربعة أشهر فإذا مضت فوالله لا وطئتك أربعة أشهر أو نحو ذلك فهما إيلاءان لكل واحد حكم الايلاء لتحقق القصد المعتبر في الايلاء في كل منهما.

قيل: فلو لم يقل فإذا مضت بل قال: والله لا وطئتك أربعة أشهر ثم والله لا أجامعك[3] سنة، فيتداخل اليمينان بتداخل مدتيهما وانحلتا بوطءٍ واحدٍ ولم تلزمه إلا كفارة واحدة [كسائر الأيمان هـ] [4].

1 -الأزهار - (١ / ٨٣).
2 -نهاية ورقة ١٤٣ من (ب).
3 -في (أ) جامعتك.
4 -الزيادة من (ب). وينظر شرح الأزهار - (٢ / ٥٠٩) بنحوه .

بَـــابُ اللِّعَانِ

هو مصدر لاعن، واللعن في اللغة: الطرد، وفي عرف الشرع الإبعاد من رحمة الله[تعالى] [١] [٢].

قيل: وفي اصطلاح الفقهاء كلمات مخصوصة جعلت حجة للمضطر إلى قذف من لطخ فراشه وألصق به العار [٣].

وسمي هذا الباب [باب] [٤]باللعان[٥]، للعن الزوج نفسه في الخامسة، إن كان من الكاذبين.

واعتبر لفظ اللعنة دون لفظ الغضب، لتقدمه في الآية [الكريمة] [٦]، وإنما خصت المرأة بالغضب، تغليظاً عليها لأنها أصل الفجور، ومنبعه بخلابتها وأطماعها.

والأصل فيه من الكتاب قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ ﴾[٧] [الآية][٨] .

ومن السنة قصة هلال بن أمية[٩] وزوجته، وهي في الصحيحين، وقصة عويمر العجلاني[١٠] وزوجته وستأتيان.

والإجماع على مشروعيته ظاهر، وحكمه الجواز عند حصول العلم أو الظن بوقوع الزنا من الزوجة، ولا يجب، ومع عدم الظن بذلك يحرم إجماعا [١١]، لما ثبت أن القذف من الكبائر، لقوله تعالى:﴿إِنَّ الَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ الْغَافِلاتِ ﴾[١٢] الآية ونحوها، وقوله

1- الزيادة من (أ).

2- لسان العرب (١٣ / ٣٨٧).و أنيس الفقهاء(١ / ١٦٢). والبحر الزخار (٢٥٠/٤)وشرح الأزهار (٢ / ٥٠٩).

3- تهذيب الأسماء واللغات، لمحي الدين بن شرف النووي- دار الفكر - بيروت - ١٩٩٦، ط١: تحقيق: مكتب البحوث والدراسات (ج٣/ص٣٠٤).

4- الزيادة من (أ) .

5- في (أ) اللعان.

6- الزيادة من (أ).

7- النور: من الآية٦.

8- الزيادة من (أ) .

9- هو هلال بن أمية بن واقف بن امرئ القيس بن مالك بن الأوس الأنصاري الواقفي من أهل بدر وممن شهدها وهو أحد الثلاثة الذي تيب عليهم. الأنساب (ج٥/ص٥٦٧). وزوجته التي قذفها اسمها خولة بنت عاصم لها ذكر وليس لها رواية (إيضاح الإشكال (١ / ١٤٣).

10- هو عويمر بن الحارث العجلانى الذي لاعن رسول الله صلى الله عليه و سلم بينه وبين امرأته. الثقات لابن حبان - (٣ / ٢٨٦).

11- شرح الأزهار - (٢ / ٥١٠).

12- (النور: من الآية٢٣) .

صلى الله عليه وآله[١]"اجتنبوا السبع الموبقات"[٢] "وعَدّ منها قذف المحصنات[٣]،وهو في الصحيحين[٤] ونحوه[٥]، وعند أهل المذهب [٦].

وقول للشافعي[٧]: أن اللعان يمين،[٨] لقوله صلى الله عليه وآله لهلال "قم فاحلف" في إحدى الروايات [٩]، وقوله صلى الله عليه وآله في الملاعنة " لولا الأيمان لكان لي ولها شأن"[١٠].

وعند الإمام ح وقول للشافعي وح وأصحابه أنها[١١] شهادة، لقوله تعالى: **(فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ)** [١٢] [١٣].

وثمرة الخلاف في كيفية التحليف، فمن قال أنه يمين كفى أن يقول والله، ومن قال أنه شهادة اشترط أن يأتي بلفظها.

قوله عليه السلام: " **يُوجِبُهُ رَمْيُ مثل مُولٍ** "يعني كونه زوجاً مكلفاً مسلماً مختاراً، ويشترط أيضاً كونه غير أخرس، فلا يصح لعان الصغير والمجنون إجماعاً، لرفع القلم عنهما، ولا لعان الذمي خلاف ش [١٤].

ويصح لعان العبد والمحدود بالقذف، خلافاً لأبي حنيفة بناء منه على أنه شهادة، ولا تصح شهادتهما عنده [١٥].

1- في (ب) اكتفي بالرمز (ص~) وكذا في بقية النسخة .

2- أي المهلكات. صحيح مسلم(ج١/ ص ٩٢).

3- أي العفائف. صحيح مسلم(ج١/ ص ٩٢).

4- أخرجه البخاري في صحيحه- كِتَاب الطِّبِّ- باب الشرك والسحر من الموبقات- رقم ٦٤٦٥ (ج٦ /ص ٢٥١٥). ومسلم في صحيحه - كِتَاب الْإِيمَانِ - باب بيان الكبائر وأكبره- رقم ١٤٥ (ج١ / ص ٩٢).

5- أخرجه أبو داود في سننه - كِتَاب الْوَصَايَا -باب ما جاء في التشديد في أكل مال اليتيم-رقم ٢٨٧٤ وصححه الشيخ الألباني (ج٢/ ص ١٢٨).

6- شرح الأزهار - (٢ / ٥١٠).

7- في (أ) رمز له بـــ(للش) .

8- روضة الطالبين (ج٨/ص٣٣٤). وأسنى المطالب في شرح روض الطالب - (٣ / ٣٨٠).

9- أخرجه الحاكم في المستدرك -كتاب الطلاق - رقم٢٨١٣. وقال هذا حديث صحيح على شرط البخاري ولم يخرجاه بهذه السياقة ..(ج٢/ص٢٢٠).

10- سيأتي تخريجه لا حقاً .

11- في (أ)" أنه" بدل "أنها" .

12-النور: من الآية٦.

13-البحر الزخار – دار الأندلس (٢٥٠/٤). والمبسوط - (٥ / ٥٣).وبدائع الصنائع - (٣ / ٢٣٧)والحاوي الكبير- للماوردي - (١١ / ٢٢).

14- شرح الأزهار (٢ / ٥١١).والوسيط - (٦ / ٨٩). والحاوي الكبير ــ للماوردي - (١١ / ٦٥).

15-المبسوط (٥ / ٥١).والجوهرة النيرة - (٤ / ٢٦١). والفتاوى الهندية - (١ / ٥١٥).

وأما الأخرس[1] فالمذهب أنه لا يصح لعانه، سواء كانت زوجته خرساء[2] أم سليمة، لأن الإشارة لا يُعقل منها معنى القذف، إذ لا يثبت إلا بالتصريح بالزنا.

وقال ك وش: يصح اللعان بين الأخرس والخرساء بالإشارة [3].

ولعان الأعجميين بالعربية إن أحسناها، وإلا فبلغتهما كما في أذكار الصلاة، ويعبّر عنهما عدلان من ذوي[4/أ] لغتهما ، وقال ح يكفي عدل هـ [5].

وللعان شروط قد تضمنها قوله عليه السلام: " **لِزَوْجَةٍ مِثْلَهُ غالباً عَنْ نِكَاحٍ صَحِيحٍ ولو فِي الْعِدَّةِ بِزِنًى فِي حَالٍ يُوجِبُ الْحَدُّ وَلَوْ قَبْلَ الْعَقْدِ وثَمَّةَ إِمَامٌ ولَا بَيِّنَةٌ ولَا إِقْرَارٌ** " فلا يصح لعان غير الزوجة كأم الولد، وكذا الموطوءة[6] بشبهة، وعن ش يصح لعانها لنفي نسب الولد [7].

لنا الآية، ولا من ليست مثله في كونها مكلفة مسلمة مختارة غير خرساء، هذا هو المذهب [8].

وقال ش: إذا قذف الرجل زوجته الصغيرة في حال يمكن [فيه] [9] جماعها لاعنها بعد بلوغها [10].

وكذا لا يصح لعان المجنونة إذا كان جنونها مطبقاً[11]، لا إذا كانت تفيق في بعض الأحوال ورماها بزنا في حال إفاقتها، فإنها[12] تلاعنه حال إفاقتها.

ولا يصح لعان الخرساء ولو كان زوجها سليماً على المذهب [13]، ولا لعان المكرهة على اللعان بل تحد إن نكلت كما سيأتي.

1-هو من انعقد لسانه عن الكلام خلقة، وكذلك الخرساء (المعجم الوسيط (١ / ٢٢٦)بتصرف.
2-(كتبت في المخطوط بدون همزة وكذلك في البقية).
3- شرح الأزهار - (٢ / ٥١١).
4- نهاية ورقة ١٣٧ من (أ).
5- البحر الزخار – دار الأندلس (٢٥٠/٤).
6-(كتبت في المخطوط بدون همزة).
7- المجموع - (١٦ / ١٠٢).
8- البحر الزخار – دار الأندلس (٢٥٠/٤)و شرح الأزهار - (٢ / ٥١١)بنحوه .
9- الزيادة من (ب).
10- روضة الطالبين- الكتب العلمية - (٦ / ٣٠٧)والحاوي في فقه الشافعي (١١ / ٢٩).
11- في (أ)مطلقاً والصحيح ما أثبته.
12- في (ب)فإنه والصحيح ما أثبته.
13- البحر الزخار – دار الأندلس (٢٥٠/٤).

وقوله: "غالباً" قال في الشرح: احتراز من ثلاث صور فلا تعتبر المماثلة فيها، إحداها: الاختيار فلا معنى لمماثلة الزوجة الزوج فيه، وأما المرافعة إذا كرهت عليها فلا يستمعها[١] الحاكم إذ لا حكم لها.

[و] [٢]الثانية: الرق والحرية فلا يشترط إلا كون الزوجة حرة، وأما الزوج فلا فرق بين أن يكون حراً أم عبداً.

والثالثة: إمكان الوطء فلا يشترط إلا في الزوجة أعني أن لا[٣] تكون رتقاء[٤]، وأما الزوج فلا يشترط فيه ذلك، بل يصح اللعان من المجبوب المستأصل ونحوه [٥].

وحذف قوله في الأزهار" حُرَّةً " وقوله أيضاً " مُمْكِنَةَ الْوَطْءِ"[٦] لدخول معنى ذلك [تحت قوله] [٧]غالباً، وفيما سيأتي من قوله "بِزِنًى يُوجِبُ الْحَدَّ" انتهى بلفظه [٨].

وقال ش: يصح لعان الزوجة الأمة، قيل: ولا خلاف في الرتقاء أنه لا يصح لعانها، قيل ح[٩]: وكذا البكر لأنه لا غضاضة عليها في القذف [١٠].

وقوله:"**عَنْ نِكَاحٍ صَحِيحٍ** " معناه أنه يشترط أن يكون زوجيته أتاها عن نكاح صحيح، فإن كان فاسداً فلا لعان إلا عند م بالله[١١] وكذا عن ش، إذا كان ثمة ولد وأريد نفيه[١٢].وأما الباطل فلا لعان فيه اتفاقاً.

وقوله:" ولو فِي الْعِدَّةِ " يعني ولو كان قد طلقها ولما تنقض عدتها، فإنه يصح لعانها، فأما لو رماها قبل نكاحها ثم تزوجها، أو كانت قد انقضت عدتها ولا ولد لها منه في الظاهر، فإنه لا يصح لعانها [١٣].

وقال أبو يوسف ومحمد: يصح كما لو كان ثمة ولد، وهو ظاهر [قول] [١٤]

1- في (أ)يسمعها والصحيح ما أثبته.
2- الزيادة من (ب).
3- في (أ)ألا .
4-(كتبت في المخطوط بدون همزة).
5- شرح الأزهار - (٢ / ٥١١) بنحوه.
6-كتبت في المخطوط بدون همزة وكلك في البقية .
7- الزيادة من(أ).وفي (ب) كلمة "في" بدل ما بين المعقوفين .
8- الأزهار - (١ / ٨٤).
9- شرح الأزهار - (٢ / ٥١١).
10- لفظ المخطوط " قيل ي".
11- شرح الأزهار - (٢ / ٥١١).
12- الحاوي الكبير ـ للماوردي - (١١ / ٩٤).
13- شرح الأزهار - (٢ / ٥١١).
14- في (أ) " كلام" بدل ما بين المعقوفين .

الهادي[عليلم] [١] [٢].

ولا خلاف في صحة اللعان حال[٣] الزوجية، أو في عدة الرجعي، [وأما] [٤] في عدة الباين فالمذهب أنه يصح [٥].

وقال ك وش: لا يصح إلا إذا كان ثمة ولد، وقال ح: إذا بانت منه بعد القذف بطلاق أو غيره فلا حد ولا لعان [٦].

وقوله "بزنا" يعني لا حيث رماها بغير الزنا من فسق أو كفر فلا لعان بل يعزر، إذا كانت عفيفة في الظاهر، ورماها بالفسق أو مسلمة ورماها بالكفر.

وقوله: " في حال يوجب الحد" يحترز من ما[٧] إذا رماها بوقوع الزنا منها في حال لا يجب عليها فيه الحد، أولا يجب على قاذفها نحو أن يقول: زنيت وأنت يهودية، أو مجنونة أو صغيرة، أو مغلوط بك أو مكرهة، أو نائمة أو مملوكة، وقد كانت كذلك فإن ذلك[/٨] لا يوجب اللعان، لأنه لا حد عليها في هذه الحالات، واللعان إنما شرع لدرء الحد.

وقال أبو جعفر: يجب اللعان في المملوكة، ومن كانت ذمية لأنه زادهما عضاضة [٩].

وقوله: " ولو قبل العقد" معناه [و] [١٠] لو أضاف الزنا الذي رماها به إلى ما قبل عقده [بها] [١١] إذ رماها، وهي زوجة له بخلاف ما إذا رماها قبل أن يتزوج بها، ثم تزوج بها، فإنه لا لعان بذلك لقوله تعالى **(وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ)**[١٢] ولم تكن [له زوجة][١٣] حين رماها، وحذف المؤلف[عليلم] [١٤] قوله في الأزهار"أَوْ نِسْبَةُ وَلَدِه مِنْهَا إلى الزِّنَى مُصَرَّحًا " لدخول معنى ذلك تحت قوله: "يُوجِبُ الْحَدُّ "، وحذف أيضاً قوله:"[قيل] [١٥]"**وَلَوْ بَعْدَ**

1- الزيادة من (أ).
2- شرح الأزهار - (٢ / ٥١٢).
3- [في]زيادة من (أ).بعد "حال " .
4- في (أ) " فأما" بدل ما بين المعقوفين
5- البحر الزخار – دار الأندلس (٢٥٣/٤).
6- روضة الطالبين (ج٨/ص٣٣٥) و حاشية البجيرمي (ج٤/ص٧٢) و المبسوط للسرخسي (ج٧/ص٤٩) والبحر الزخار – دار الأندلس (٢٥٠/٤).
7- في (أ)مما.
8- نهاية ورقة ١٤٤من (ب).
9- شرح الأزهار - (٢ / ٥١٢).
10- الزيادة من (أ).
11- الزيادة من (أ).
12 - النور:٦.
13- في (أ) تقديم وتأخير " زوجة له " بدل ما بين المعقوفين .
14- الزيادة من (أ).
15- الزيادة من (ب) وكذا في المتن.

[الطَّلَاقِ] [١] الْعِدَّةِ"[٢] لضعف هذا القول، ومن عادة المؤلف عدم الإشارة إلى القول الضعيف في هذا المختصر [الكريم] [٣]كما تكرر ذكره، وهذه المسألة أخذها بعض المذاكرين من ظاهر قول الهادي عليلم:"ولو أن امرأةً تزوجت وهي في عدة من زوجها فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر منذ دخل بها الثاني، ولدون أربع سنين منذ طلقها الأول فهو للأول، وإن نفاه لاعنها"[٤] [٥].

فأخذ من [هذا أن][٦] الهادي عليـــلم يصحح اللعان بعد العدة لنفي الولد، وفي هذا المأخذ ضعف، والصحيح ما ذكره بعضهم في توجيه كلام الهادي عليلم، وهو أن العدة من الأول لا تنقضي بالوضع، لأنه يجب عليها تقديم الاستبراء من الثاني كما تقدم، ثم أن عبارة الأزهار توهم أن اللعان يصح بعد العدة، عند ذلك القائل وإن لم يكن ثمة ولد وليس كذلك[٧].

وفي المسألة ثلاثة أقوال:

الأول: ما أخذه القائل المذكور من ظاهر قول[٨]الهادي، وهو أن اللعان يصح بعد العدة إذا كان لنفي الولد، وهو قول أبي يوسف ومحمد [٩].

القول الثاني: لبعض الشافعية أنه يصح لنفي العار وإن لم يكن ثمة ولد هـــ[١٠].

الثالث: أنه لا يصح بعد العدة مطلقاً، سواء كان ثمة ولد أم لا وهو الصحيح للمذهب، وبه قال الأكثر ووجهه أن أحكام الزوجية بعد انقضاء العدة قد ارتفعت كلها، وصارت المرأة أجنبية[١١] هـــ[١٢].

وقوله:" **وثَمَّة إمَامٌ**" يعني أنه يشترط لصحة اللعان أن يكون في الزمان إمامٌ أو ذو ولاية من جهته، وحيث

1- سقط من المخطوط .
2- الأزهار - (١ / ٨٤).
3- الزيادة من (ب).
4 -في (أ) لاعن .
5 - كتاب الأحكام في الحلال والحرام - (١ / ٣٦٥).
6 -في (ب) سقطت من المتن واستدركت في الحاشية .
7- شرح الأزهار - (٢ / ٥١٢).
8-في (ب) كلام.
9- البحر الزخار – دار الأندلس (٢٥٣/٤).
10- المجموع - (١٧ / ٣٨٨).
11 -كالأجنبية.(كتبت على هامش الصفحة من (ب).
12- البحر الزخار – دار الأندلس (٢٥٣/٤). و شرح الأزهار - (٢ / ٥١٢).

[تنفذ] [١] أوامره على رأي، وذلك لأن اللعان بدل من الحد، والحدود إلى الأئمة كما سيأتي.

وقوله " ولَا بَيِّنَةٌ" معناه ولا بينة للزوج على ما رماها به من الزنا، إذ لو كان له بينة بذلك وجب عليها الحد، ولم يصح اللعان [لقوله تعالى] [٢](وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاء إِلَّا أَنفُسُهُمْ)[٣] فاشترط في اللعان عدم الشهود.

وقوله " **ولَا إقْرَارٌ**" يعني لا [و] [٤] إقرار من الزوج بالولد ولا من المرأة بالزنا، إذ لو أقر الزوج بالولد لزمه حد القذف، ولو أقرت بالزنا لزمها حد الزنا، وسقط الحد عن غير المقر منهما، ولم يجب اللعان وإنما يلزمها الحد حيث أقرت أربع مرات كما سيأتي، وذلك ظاهر.

وحذف[المؤلف عليلم] [٥] قوله في الأزهار[٦]"**فِيهِمَا**"[٧/] لعدم الحاجة إليه، ومعناه في اللعان لأجل نفي الولد، ولأجل الرمي بالزنا.

وحذف أيضاً قوله:" وَمِنْهُ يَا زَانِيَةُ"[٨] لفهمه مما تقدم إذ هو بمنزلة قوله: أنت زانية وسيأتي في حد القذف ما إذا عطف إلى هذا الموضع يقع[إن شاء الله تعالى] [٩] والله الموفق.

"فَصْــــــلٌ"

1- الزيادة من (أ).
2- الزيادة من (ب).
3- النور: ٦ .
4- الزيادة من (أ).
5- الزيادة من (أ).
6- الأزهار - (١ / ٨٤).
7- نهاية ورقة ١٣٨ من (أ).
8- الأزهار - (١ / ٨٤).
9- الزيادة من (أ).

" **وَيَطْلُبُهُ الزَّوْجُ لِلنَّفْيِ، الإمام أو الإسْقَاطِ** " يعني إن كل واحد من الزوجين له أن يبتدئ بطلب اللعان، فالزوج يطلبه لأحد غرضين أحدهما: نفي نسب الولد منه، والغرض الثاني: إسقاط الحقوق الثابتة بالزوجية من النفقة والكسوة وغيرهما، لأنه إذا طلقها لزمته الحقوق في العدة، وإذا فسخها باللعان سقطت الحقوق في العدة، فله أن يطالب باللعان لهذا الغرض، ذكر ذلك ح وغيره [١].

قال في الغيث: وهو صحيح عندنا، والمذهب أن للزوج أن يبتدئ بالمطالبة إذا أراد نفي النسب، فأما إذا لم يكن ثمة ولد، فليس له أن يبتد بها، هذا هو الظاهر من قول يحيى عليلم،[٢] وزاد ح ما ذكرناه، وهو قوي عندي، ولا تبعد صحته على أصل يحيى عليلم، لأن الحاجة إلى إسقاط الحق كالحاجة إلى نفي النسب وليس يمكنه إسقاط الحق بالطلاق.

وقال ح وأصحابه وش: ليس للزوج أن يبتدئها بالمطالبة سواء كان لنفي الولد أم لغيره،، فإذا رافعته وجب أن يلاعنها، حكاه في شمس الشريعة [٣].

لنا أن النسب لا ينتفي إلا بلعان، فهو يحتاج إلى المطالبة به لئلا يلزمه ولد الغير، وأما إذا كان اللعان لأجل القذف فلا حاجة به إلى المطالبة به، لأن ما يحصل له باللعان يمكنه التوصل إليه بالطلاق، هكذا في شمس الشريعة [٤]، وهذا يصحح كلام ح للمذهب أن له أن يلاعن لإسقاط الحق، لأنه لا يمكنه التوصل إليه بالطلاق انتهى هـ[٥].

وإنما صرح المؤلف عليلم بنسبة الإسقاط إلى الإمام تنبيها على قوة جعل هذا القول للمذهب، كما هو أسلوبه في المختصر الميمون.

قوله عليه السلام " **وَهِيَ لِلنَّفْيِ والْقَذْفِ** "أي[٦] والزوجة تطلب اللعان لغرضين، إما لنفي نسب الولد من الزوج ولتصير عصبته عصبة أمه، وينقطع حكم الأبوه بينه وبين من نفاه، وإما لإثبات حد القذف على الزوج، ولا خلاف أن لها المطالبة بذلك، وأن تبتديه بها.

قال في الغيث: وإنما قلنا أن الزوج إذا قذفها كان لها حق المطالبة، لأن اللعان فيما بينهما أقيم مقام الحد فيما بين الأجانب[٧].

1- البحر الزخار – دار الأندلس (٢٥٩/٤).
2- المرجع السابق (٢٥٨/٤).
3- شمس الشريعة لسليمان بن ناصر السحامي (خ).
4- شمس الشريعة (خ).
5- الغيث المدرار ج٢(خ) .
6- في (أ) يعني.
7- الغيث المدرار ج٢(خ).

تنبيــــــهٌ: لا بأس بذكر حديثي هلال[بن أمية] [1] وعويمر، إذ هما الأصل من السنة في هذا الباب كما تقدم، أما حديث هلال فلفظه في رواية ابن عَبَّاسٍ قال: جاء هِلَالُ بن أُمَيَّةَ وهو أَحَدُ الثَّلَاثَةِ الَّذِينَ تَابَ الله عليهم [فَجَاءَ][2] من أَرْضِهِ عشاءً[3] فَوَجَدَ عِنْدَ أَهْلِهِ رَجُلًا فَرَأَى بِعَيْنِه وَسَمِعَ بِأُذُنيه[4] فلم[5] يَهِجْهُ حتى أَصْبَحَ ثُمَّ غَدَا إلى رسول اللَّهِ [صلى الله عليه وآله[6]] [7] فقال يا رَسُولَ اللَّهِ إني جِئْتُ أَهْلِي عِشَاءً[8] فَوَجَدْتُ عِنْدَهُمْ رَجُلًا فَرَأَيْتُ بِعَيْنَيَّ وَسَمِعْتُ بِأُذُنَيَّ فَكَرِهَ رسول اللَّهِ [صلى الله عليه وآله] [9]ما جاء بِهِ وَاشْتَدَّ عليه فَنَزَلَتْ (وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ ولم يَكُنْ لهم شُهَدَاءُ إلا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ [أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ... إلى قوله وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِن كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ)] [10] فَسُرِّيَ عن رسول اللَّهِ [صلى الله عليه وآله] [11] فقال أَبْشِرْ يا هِلَالُ قد جَعَلَ [الله عز وجل][12] لك فَرَجًا وَمَخْرَجًا[13] قال هِلَالٌ قد كنت أَرْجُو ذلك من رَبِّي [تعالى][14] فقال رسول اللَّهِ [صلى الله عليه وآله] [15] أَرْسِلُوا إِلَيْهَا فَجَاءَتْ فتلا عَلَيْها[16] رسول اللَّهِ [صلى الله عليه وآله] [17] وَذَكَّرَهُمَا وَأَخْبَرَهُمَا أَنَّ عَذَابَ الْآخِرَةِ أَشَدُّ من عَذَابِ الدُّنْيَا وقال[18] هِلَالٌ والله لقد صَدَقْتُ عليها فقالت [قد][19]كَذَبَ فقال رسول اللَّهِ [صلى الله عليه وآله] [20] لَاعِنُوا بَيْنَهُمَا[21] [فَقِيلَ لِهِلَالٍ اشْهَدْ] [22] فَشَهِدَ[هلال] [23] أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إنه لَمِنْ الصَّادِقِينَ فلما

1- الزيادة من (أ) .
2 -سقط من المخطوط .
3 -الصحيح " عَشِيًّا "كما في متن الحديث.
4 - الصحيح " بأذنه "كما في متن الحديث.
5- في (أ) "ولم" والصحيح ما أثبته .
6 -في المتن " وسلم" بدل "وآله " وكذا في بقية الحديث.
7 -في (ب) ص بدل ما بين المعقوفتين .
8 -في المخطوط عشآ .
9 -في (ب) ص بدل ما بين المعقوفتين.
10 -الزيادة من المخطوط .وبدلها في المتن " الْآيَتَيْنِ كِلْتَيْهِمَا "
11 -في (ب) ص بدل ما بين المعقوفتين.
12 - سقط من المخطوط .
13 -نهاية ورقة ١٤٥ من (ب).
14 -الزيادة من المخطوط .
15 -في (ب) ص.
16 -في المتن عليهما .
17 -في (ب) رسول الله.
18 -في المتن "فقال" .
19 -سقط من المخطوط .
20 -في (ب) ص بدل ما بين المعقوفتين.
21 -في المخطوط فشهد هلال أربع ... .
22 -سقط من المخطوط .
23 -الزيادة من المخطوط .

كانت الْخَامِسَةُ قِيلَ له يا هِلَالُ اتَّقِ اللَّهَ فإن عَذَابَ الدُّنْيَا أَهْوَنُ من عَذَابِ الْآخِرَةِ وَإِنَّ هذه الْمُوجِبَةُ التي[1] تُوجِبُ عَلَيْكَ الْعَذَابَ فقال والله لَا يُعَذِّبُنِي الله عليها كما لا[2] يُجَلِّدْنِي عليها فَشَهِدَ الْخَامِسَةَ أَنَّ لَعْنَةَ اللَّهِ عليه إن كان من الْكَاذِبِينَ ثُمَّ قِيلَ لها اشْهَدِي فَشَهِدَتْ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إنه لَمِنْ الْكَاذِبِينَ فلما كانت الْخَامِسَةُ قِيلَ لها اتَّقِي اللَّهَ فإن عَذَابَ الدُّنْيَا أَهْوَنُ من عَذَابِ الْآخِرَةِ وَإِنَّ هذه [هي][3]الْمُوجِبَةُ التي تُوجِبُ عَلَيْكِ الْعَذَابَ فَتَلَكَّأَتْ سَاعَةً [فقالت][4] [لا والله][5] أَفْضَحُ قَوْمِي[سائر اليوم][6] فَشَهِدَتْ الْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عليها إن كان من الصَّادِقِينَ فَفَرَّقَ رسول اللَّهِ [صلى الله عليه وآله] [7] بَيْنَهُمَا وَقَضَى أَنْ لَا يُدْعَى وَلَدُهَا لِأَبٍ ولا تُرْمَى ولا يُرْمَى وَلَدُهَا وَمَنْ رَمَاهَا أو رَمَى وَلَدَهَا فَعَلَيْهِ الْحَدُّ وَقَضَى[8] أَنْ لَا بَيْتَ لها عليه ولا قُوتَ من أَجْلِ أَنَّهُمَا يَتَفَرَّقَانِ من غَيْرِ طَلَاقٍ ولا مُتَوَفًّى عنها وقال [رسول الله صلى الله عليه وآله] [9]إن جَاءَتْ بِهِ أُصَيْهِبَ أُرَيْسِحَ[10] أُثَيْبِجَ[11] [ثاني الاليتين][12] حَمْشَ السَّاقَيْنِ[13] فَهُوَ لِهِلَالٍ وَإِنْ جَاءَتْ بِهِ أَوْرَقَ جَعْدًا جُمَالِيًّا خَدَلَّجَ السَّاقَيْنِ سَابِغَ[14] الإليتين فَهُوَ لِلَّذِي رُمِيَتْ بِهِ فَجَاءَتْ بِهِ أَوْرَقَ جَعْدًا جَمَالِيًّا خَدَلَّجَ السَّاقَيْنِ سَابِغَ الإليتين فقال رسول اللَّهِ [صلى الله عليه وآله] [15]لَوْلَا الْأَيْمَانُ لَكَانَ لي وَلَهَا شَأْنٌ[16].

وفي رواية:" أَنَّ هِلَالَ بن أُمَيَّةَ قَذَفَ امْرَأَتَهُ عِنْدَ النبي [صلى الله عليه وآله] [17] بِشَرِيكِ بن سَحْمَاءَ فقال النبي [صلى الله عليه وآله] [18] الْبَيِّنَةَ أو حَدٌّ في ظَهْرِكَ فقال يا

1 - سقط من المخطوط .
2 -في المتن "لم"بدل "لا" .
3 -الزيادة من المخطوط .
4 - في المتن "ثُمَّ قالت ".
5 - في المتن " والله لَا ".
6 -زيادة من المخطوط وهي في رواية الترمذي بهذا النص
7 -في (ب) ص .
8 - في (أ) " كررت مرتين ".
9 -الزيادة من المخطوط .
10 -في المتن "أريصح" .ومعنى أريصح هو تصغير الأرْصَح وهو الناتِىءُ الأَلْيَتَين (ينظر النهاية في غريب الأثر(ج ٢ / ص ٥٤٨) .
11 -معنى أثيبج: النَّاتِئ الثَّبَج،أي ما بين الكَتِفين والكاهل النهاية في غريب الأثر(ج١ /ص ٥٨٠).
12 -الزيادة من المخطوط كما في بعض الروايات.
13 - أي دقيق الساقين ينظر النهاية في غريب الأثر (ج ١ /ص ١٠٤٧).
14 -في المخطوط " شابغ ".
15 -في (ب) ص.
16 - أخرجه أبو داود في سننه -كتَاب الطَّلَاقِ تَفْرِيعِ أَبْوَابِ الطَّلَاقِ -بَاب في اللِّعَانِ - رقم ٢٢٥٦(ج ٢ /ص ٢٧٧)، وضعفه الشيخ الألباني في (ضعيف أبي داود (٢ / ٢٤٦).
17 -في (ب) ص " .
18 -في (ب) ص .

رَسُولَ اللَّهِ إذا وجد[١] أَحَدُنَا [رَجُلًا على امْرَأَتِهِ][٢] [يَنْطَلِقُ][٣] يَلْتَمِسُ الْبَيِّنَةَ فَجَعَلَ النبي صلى الله عليه [وآله][٤][وسلم][٥] يقول الْبَيِّنَةَ أو حَدٌّ[٦] في ظَهْرِكَ فقال هِلَالٌ وَالَّذِي بَعَثَكَ بِالْحَقِّ[٧] إني لَصَادِقٌ وَلَيُنْزِلَنَّ[٨] الله[٩] ما يُبَرِّئُ ظَهْرِي من الْحَدِّ [فنزلت] [١٠] وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ [إلى آخر الآيات][١١] وَانْصَرَفَ[١٢] النبي [صلى الله عليه وآله] [١٣] فَأَرْسَلَ إِلَيْهَا فَجَاءَ [فقام][١٤] هِلَالٌ فشَهِدَ[١٥] وَالنَّبِيُّ [صلى الله عليه وآله] [١٦] يقول إِنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ أَنَّ أَحَدَكُمَا كَاذِبٌ فَهَلْ مِنْكُمَا [من] [١٧] تَائِبٌ ثُمَّ قَامَتْ فَشَهِدَتْ فلما كان[١٨] عِنْدَ الْخَامِسَةِ[أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين][١٩] وَقَالوا[٢٠] [لها][٢١] إِنَّهَا مُوجِبَةٌ قال ابن عَبَّاسٍ فَتَلَكَّأَتْ وَنَكَصَتْ حتى ظَنَنَّا أنها ستَرْجِعُ[٢٢] فقالت[٢٣] لَا أَفْضَحُ قَوْمِي سَائِرَ الْيَوْمِ فَمَضَتْ فقال النبي [صلى الله عليه[٢٤] وآله] [٢٥] أَبْصِرُوهَا فَإِنْ جَاءَتْ بِهِ أَكْحَلَ الْعَيْنَيْنِ سَابِغَ الإليتين خَدَلَّجَ السَّاقَيْنِ فَهُوَ لِشَرِيكِ بن سَحْمَاءَ فَجَاءَتْ بِهِ كَذَلِكَ فقال النبي [صلى الله عليه وآله] [٢٦] لَوْلَا

---

1 -في المتن "رَأَى" .
2 -في المتن" على امْرَأَتِهِ رَجُلًا" .
3 - سقط من المخطوط .
4 - الزيادة من المخطوط .
5 - سقط من المخطوط .
6 -في المتن " وَإِلَّا حَدَ".
7 - "تبياً" زيادة من (أ).
8 -في المتن " فلينزلن" .
9 -في المخطوط في أمري. وهي في رواية الترمذي بهذا النص
10 -في المتن [فَنَزَلَ جِبْرِيلُ وَأَنْزَلَ عليه]بدل "فنزلت " .
11 - في المتن " فَقَرَأَ حتى بَلَغَ إن كان من الصَّادِقِينَ" بدل "إلى آخر الآيات".
12 -في المتن " فانصرف" .
13 -في (ب) ص.
14 -الزيادة من المخطوط .
15 -في (أ) "وشهد".
16 -في (ب) ص وفي (أ) "وآله" بدل " وسلم".
17 - الزيادة من المخطوط .
18 - في المتن "كانت ".
19 -في المتن " وَقَّفُوهَا "بدل ما بين المعقوفين .
20 -في (أ) "وقال "بدل "وقالوا".
21 -الزيادة من المخطوط .
22 -في المتن " ترجع" و "سترجع" ذكرت في رواية الترمذي .
23 -في المتن " ثُمَّ قالت" بدل" فقالت" .
24- نهاية ورقة ١٣٩ من (أ).
25 -في (ب) ص.
26 -في (ب) ص.

ما مَضَى من كِتَابِ اللَّهِ لَكَانَ لي ولَهَا شَأْنٌ" أخرجه أبو داود[١]، وأخرج البخاري[٢] والترمذي[٣] الرواية الثانية، وأخرج مسلم[٤] والنسائي[٥] نحوه من رواية أنس وهذا أتم هـــ.

وأما حديث عويمر العجلاني فلفظه"عن ابن شهاب أن سهل بن سعد الساعدي[٦] حدثه أن عويمراً العجلاني جاء إلى عاصم بن عدي الأنصاري[٧] فقال له أرأيت يا عاصم لو أن رجلاً وجد مع امرأته رجلاً أيقتله فتقتلونه؟ أم كيف يفعل؟ فسل[٨] لي ياعاصم رسول الله صلى الله عليه وسلم[٩] فسأل عاصم رسول الله صلى الله عليه وآله[١٠] فكره رسول الله [صلى الله عليه وآله] [١١]المسائل وعابها حتى كبر على عاصم ما سمع من رسول الله صلى الله عليه وآله، فلما رجع [عاصم] [١٢] إلى أهله جاءه عويمر فقال [له] [١٣] ياعاصم ماذا قال لك رسول الله صلى الله عليه وآله؟ قال عاصم لعويمر لم تأتني بخير قد كره رسول الله صلى الله عليه وآله المسائل[١٤] التي سألته عنها فقال[١٥] عويمر: والله لا أنتهي حتى أسأله عنها فأقبل عويمر حتى أتى رسول الله صلى الله عليه وآله[١٦] أوسط[١٧] الناس فقال يا رسول الله أرأيت [لو أن] [١٨]رجلاً وجد مع امرأته رجلا أيقتله فتقتلونه أم كيف

1 -في سننه -كِتَاب الطَّلَاقِ تَفْرِيع أَبْوَابِ الطَّلَاقِ -باب في اللعان -رقم٢٢٥٦ (ج٢/ص٢٧٧) قال الألباني قلت: إسناده صحيح على شرط الشيخين. وأخرجه البخاري بإسناد المصنف. وقال الترمذي: " حسن غريب ") . ينظر صحيح أبي داود - (٧ / ٢٧).

2 - أخرجه البخاري في صحيحه - بَاب وَيَدْرَأُ عنها الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إنه لَمِنْ الْكَاذِبِينَ - رقم٤٤٧٠ (ج٤/ص١٧٧٢).

3 - في سننه - كِتَاب تَفْسِيرِ الْقُرْآنِ عن رسول اللَّهِ r - بَاب وَمِنْ سُورَةِ النُّورِ - رقم ٣١٧٩ (ج ٥ / ص ٣٣١).

4 - في صحيحه - كتاب اللعان رقم ١٤٩٦ (ج٢ /ص ١١٣٤).

5 - في السنن الكبرى - كتاب الطلاق -باب كيف اللعان- رقم٥٦٦٣ (ج٣/ص٣٧٢) .

6- هو سهل بن سعد الساعدي أبو العباس الأنصاري المدني صاحب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، رأى النبي rوهو ابن خمسة عشرة أكثر من روى عنه الزهري وأبو حازم المديني وابنه العباس بن سهل ويحي بن ميمون الحضرمي ، مات سنة ثمان وثمانين بالمدينة وقيل إحدى وتسعين وهو ابن مائة سنة (التاريخ الكبير للبخاري (٩٨/٤) و الجرح والتعديل(١٩٨/٤). .

7- هو عاصم بن عدي بن الجد بن عجلان الأوسي أبو أبى البداح بن عاصم شهد بدرا روى عنه أبو البداح ابنه مات عاصم بن عدى في ولاية معاوية وهو بن مائة سنة وخمس عشرة سنة وكان قد رده رسول الله صلى الله عليه و سلم من بدر إلى مسجد الضرار وضرب له بسهمه وأجره كنيته أبو عبد الله(التاريخ الكبير ج٦/ص٤٧٧).و الثقات لابن حبان - (٣ / ٢٨٦).

8- في (أ) " فسأل" بدل (فسل).

9 - في المخطوط رمز لصلى الله عليه وسلم بص.

10 -في (ب) رمز لصلى الله عليه وسلم بص وفي (أ)بدون وسلم وكذا في البقية فلا داعي للتكرار .

11 -سقط من (ب).

12 -سقط من (أ) والصحيح ما أثبته.

13 -الزيادة من (ب) والصحيح ما أثبته.

14 -في المتن "المسألة".

15 -في المتن "قال".

16 -في المخطوط رمز لصلى الله عليه وسلم بص.

17 -في المتن " وسط" .

18 -الزيادة من المخطوط .

يفعل ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وآله قد نزل فيك وفي صاحبتك فاذهب فأت بها، قال سهل فتلاعنا وأنا مع الناس عند رسول الله صلى الله عليه وآله فلما فرغا قال عويمر كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها فطلقها ثلاثا قبل أن يأمره رسول الله صلى الله عليه وآله قال ابن شهاب فكانت سنة المتلاعنين" [و][(١)]هذه إحدى روايات حديث أخرجه البخاري ومسلم وأبو داود والنسائي[(٢)]، وقد روي من طرق أخر وفي بعض رواياته زيادات يستغنى[(٣)] عن إيرادها والله الموفق هـــ.

فائـــــدةٌ: قوله في حديث هلال لم يهجه، أي لم يزعجه ولم ينفره لئلا يهرب، وقوله أصيهب تصغير أصهب، وهو الذي يخالط بياضه حمرةً، وقوله "ارتصح" بالصاد والحاء المهملتين، وقد يقال بالسين مكان الصاد تصغير أرصح، وهو خفيف لحم الاليتين والفخذين، وقوله أثيبج تصغير أثبج وهو الثاني الثبج وهو ما بين الكتفين وهو بالمثلثة ثم الموحدة وآخره جيم، والأورق الأسمر اللون، والجمالي: العظيم الخلقة، كأنه الجمل في العظم، والخدلج الممتلئ الساقين ونكصت معناه: تأخرت و رجعت[(٤)] إلى خلفها [(٥)].

قوله عليلم: " **فَيَقُولُ الْحَاكِمُ بَعْدَ حَثِّهِمَا عَلَى التَّصَادُقِ فَامْتَنَعَا قُلْ وَاَللَّهِ إنِّي لَصَادِقٌ فِيمَا رَمَيْتُك بِهِ مِنْ الزِّنَى وَنَفْيِ وَلَدِك هَذَا أَرْبَعًا** "هذا بيان لكيفية اللعان، وهو أن الحاكم أو من يقوم مقامه يخوف المتلاعنين من الإقدام على اللعان، ويعظهما ويحثهما على التصادق كما فعل النبي صلى الله عليه وآله في قصة هلال وامرأته، فإن قيل: كيف يحسن حثهما على التصادق وذلك يوجب الحد، وقد ذكر في الحدود تلقين ما يسقط الحد ؟

فالجواب أن ذلك مأخوذ من فعل النبي صلى الله عليه وآله لأنه حثهما على التصادق، وقال لهما: أن عذاب [الدنيا أهون من عذاب الآخرة] [(٦)] كما تقدم، وقال: للذي أقر عنده بالزنا لعلك لمست لعلك قبلت ونحو ذلك كما سيأتي.

---

1 -الزيادة من (أ).

2 - أخرجه البخاري في صحيحه- باب قوله عز وجل (والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين) -رقم ٤٤٦٨ (ج ٤ /ص١٧٧١). و مسلم في صحيحه - كتاب اللعان- رقم١٤٩٢ (ج٢/ ص ١١٢٩)وأبو داود في سننه- كِتَاب الطَّلَاقِ تَفْرِيعِ أَبْوَابِ الطَّلَاقِ - بَاب فِي اللِّعَانِ رقم٢٢٤٥(ج٢/ص٢٧٣). والنسائي في السنن الكبرى- كتاب الطلاق -باب بدء اللعان -رقم٥٦٦٠ (ج٣/ص ٣٧١).

3 -في (أ)"استغني".

4 - في المخطوط " تأخرت رجعت".

5- ذكر معاني ما سبق في (عون المعبود ج٦/ص٢٤٧. عمدة القاري ج١٣/ص٢٥١).

6- في (ب)[الآخرة أشد من عذاب الدنيا]بدل ما بين المعقوفين.

ووجه الفرق أن في اللعان لابد أن يكون أحدهما كاذباً فحثا على التصادق، لئلا يقدم أحدهما على الكذب الذي هو قبيح عقلاً وشرعاً، ولأن في اللعان حقاً لكل منهما وللولد بخلاف حد الزنا ونحوه، فهو حق لله محضٌ هـ

تنبيـــــهٌ: قد اختلف العلماء ما الذي يوجبه قذف الزوج لزوجته، فقال أهل المذهب: على ما حكاه ض زيد عن المؤيد وأص ش [١]، وقال في شرح الإبانة: أنه قول عامة أهل البيت، أن موجب القذف من الزوج هو الحد، فله أن يسقطه عن نفسه[٢/] بشهاداته لأنها كشهود أربعة، وشهاداته وجب الحد على المرأة، ولها أن تسقطه بشهاداتها، فعلى هذا يحد الزوج [لها، إذا امتنع من اللعان لقذفه لا لنكوله] [٣]، وتحد إذا نكلت لشهادات[٤] الزوج لا لنكولها، ويكفي نكولها مرة واحدة، خلاف ما روي عن ابن العباس من أنه يكفي نكول الزوج مرةً واحدة، وأما نكول المرأة فلا بد أن تكون أربع مرات، لأنه يجري مجرى الإقرار، فإن أقرت دون الأربع سقط الحد عن الزوج، ولا حد عليها إلا أن تكمل أربع مرات وفيما ذكره إشكال، إذ [الحد لا يثبت] [٥] بالنكول كما سيأتي [٦].

وقالت الحنفية: قذف الزوج لزوجته يوجب اللعان لا الحد،[٧] لأن الزوجين قد خرجا [عن] [٨]آية القذف إلى آية اللعان، فإذا نكل الزوج عن اللعان لم يلزمه الحد بالنكول، لكن يحبس حتى يلاعن أو يكذب نفسه فيحد، وإذا نكلت المرأة بعد لعانه حبست حتى تلاعن أو تقر فيسقط عنه حد القذف، حكى معنى ذلك جميعه في الغيث[٩] ولم يذكر عنهم حكم المرأة بعد إقرارها، والأقرب أنها إن أقرت أربع مرات حدت وإلا فلا، والله أعلم .

وقوله "ونفي ولدك" هذا يعني حيث ثمة ولد، وإلا كفى قوله فيما رميتك به [من الزنا][١٠]، وقوله أربعاً معناها يكرر اليمين المذكورة أربع مرات، وذلك ظاهر.

قوله عليلم: " **ثُمَّ تَقُولَ وَاَللَّهِ إنَّهُ لَمِنْ الْكَاذِبِينَ فِي رَمْيِهِ وَنَفْيِهِ كَذَلِكَ**" يعني ثم إذا فرغ من أيمان الزوج أمر الزوجة أن تقول ما ذكره، وقوله "**كذلك**" أي أربع مرات، ولابد أن

1- شرح التجريد في فقه الزيدية - (٣ / ٣٦٣).والوسيط - (٦ / ٨٢).
2 -نهاية ورقة ١٤٦ من (ب).
3- في (أ)[لها لقذفه إذا امتنع من اللعان لا لنكوله] بدل ما بين المعقوفين.
4- في (أ) "بشهادات".
5- في (أ)[لا يثبت الحد] بدل ما بين المعقوفين.
6- شرح الإبانة (خ).
7- بدائع الصنائع - (٣ / ٢٤١).
8- في (ب)[من] بدل ما بين المعقوفين.
9- الغيث المدرار ج٢(خ).
10- الزيادة من (ب).

يقول في رميه إيَّاي بالزنا ونفى ولدي هذا، وإنما لم يصرح المؤلف[عليلم] [1] بذلك لظهوره، وحذف قوله في الأزهار " **وَالْوَلَدُ حَاضِرٌ مُشَارٌ إلَيْهِ** "[2] لفهم ذلك من قوله "ونفي ولدك" هذا والأقرب أن حضور الولد ليس بشرط في صحة اللعان إذا أمكن تعيينه من دون حضوره، والأوجب إحضاره، ذكر معنى ذلك في الغيث [3].

وقد اختلف في كيفية التحليف، وفي العدد الذي لا يتم اللعان من دونه، أما كيفيته فالمذهب أنه يمين كما تقدم، فيأتي بالقسم صريحاً كما في المختصر،فإن قال أشهد بالله صح كاليمين، وعند ح أنه شهادة مؤكدة باليمين فلا يصح إلا بلفظ[/4] الشهادة مع اليمين، فيقول أشهد بالله إلى آخره، وكذلك المرأة.

وعند ش أن اللعان أيمان مؤكدات بالشهادة، فلا بد أن يقول أشهد بالله كما قال ح.

وإنما ثمرة الخلاف بينهما أن أبا حنيفة يشترط أن يكون الملاعن ممن تقبل شهادته، و[عن] [5] ش لا يشترط ذلك، ولابد أن تكون الأيمان متوالية، فإن طال الفصل بينها[6] لم يعتد بما مضى منها [7].

وظاهر المذهب أن حضور الزوجين كليهما شرط في صحة اللعان، وظاهر شرح الإرشاد أنه يصح مع غيبتها[8] حيث ويشير إليها، إن كانت حاضرة، فإن كانت غائبة سماها، ورفع في نسبها حتى تتميز، قال ولو ادعت عليه القذف فأنكر أو سكت، فأقامت عليه بينة فلا يقول فيما رميتها به، بل يقول فيما أثبتته عليّ من رميّ إياها بالزنا انتهى [9].

قال في الغيث: وأما الخلاف في عدده يعني عدد اللعان الذي لا يتم إلا به، فقال ط وح: إذا فرق الحاكم [بين][10]المتلاعنين بعد ثلاث شهادات فقد أخطأ السنة، ونفذ حكمه، و[عند] [11] ش لا ينفذ حكمه ولا تقع الفرقة، ومثله خرّجه السيد أحمد الازرقي[12] للمذهب،

1- الزيادة من (أ).
2- الأزهار - (١ / ٨٤).
3- الغيث المدرار ج٢(خ)..
4- نهاية ورقة ١٤٠ من (أ).
5- الزيادة من (أ).
6- في (أ) " بينهما".
7-انظر الاختيار لتعليل المختار - (٣ / ١٨٤)و بدائع الصنائع - (٣ / ٢٤٢) والمجموع - (١٧ / ٤٣١).
8- في (أ) " غيبتهما".
9- شرح الإرشاد(٢/١٥٥).
10 -سقطت من الصفحة وكتبت في الحاشية من (ب).
11 -في (أ)"قال" .
12-المعروف بالأزرقي الصغير وقد سبقت ترجمته.
شأ في طلب العلم والفائدة، وله من التصانيف (جامع الخلاف)توفي نحو ٨٥٠ هـ .(طبقات الزيدية الكبرى (القسم الثالث) - (٣ / ١٨٠)ومطلع البدور ومجمع البحور - (١ / ٣١٠).

وهو الذي ذكرناه في الأزهار، ولا خلاف أنه إذا فرق بينهما بعد أربع شهادات، وقبل الخامسة التي فيها ذكر اللعنة أو الغضب صح التفريق .

لنا: أن الله سبحانه نص على أربع شهادات، فلا يجوز الاقتصار على أقل منها، والخامسة خارجة بالإجماع انتهى [١].

وقال في شرح الإرشاد: ولا يحتاج يعني المرأة في لعانها إلى ذكر الولد، لأن لعانها لا يؤثر فيه، ولو تعرضت له فقالت: وهذا الولد ولده لم يضر، بل هو أولى ليستوي اللعانان ويتقابلا انتهى [٢].

وظاهر المذهب اعتبار ذلك، والله أعلم [٣].

قوله عليــلم: " **فَإِنْ قَدَّمَهَا أَعَادَ مَا لَمْ يَحْكُمْ** "معناه أنه يشترط في صحة اللعان، تقديم الزوج لظاهر الآية.

قيل: ولأن لعانها لإسقاط حد الزنا عنها، وإنما يجب بلعان الزوج فلا معنى للعانها قبله.

ومعنى قوله "أعاد" استأنف اللعان وقدم الزوج ثم أعادت الزوجة، هذا هو المذهب، و هو قول ش.

وقال ح: لا يجب الترتيب، وإنما هو سنة.

قلنا: خلاف نص الآية، وعلى القول بوجوب الترتيب، فإنما يجب الاستئناف ما لم يحكم الحاكم بموجب اللعان، فأما بعد الحكم بذلك فلا ينقض عند أهل المذهب، لأن المسألة اجتهادية، وقال ش: بل ينقض لمخالفته نص القرآن هــ [٤].

نعــــــم: واعتبار إعادة أيمان الزوج ثم إعادة أيمان الزوجة، نص عليه في الغيث [٥]، وذكره الدواري في تعليقه على اللمع [٦]، خلاف ظاهر التذكرة [٧].

ووجه المؤلف

1- الغيث المدرار ج٢(خ). وشرح الأزهار - (٢ / ٥١٦).

2- شرح الإرشاد (١٥٥/٢).

3- انظر شرح الأزهار - (٢ / ٥١٥).

4- شرح الأزهار - (٢ / ٥١٥).

5- الغيث المدرار ج٢(خ).

6- شرح اللمع أو التعليق على اللمع للدواري (خ).

7- التذكرة (ص ٣١١).

عليه السلام[1] ذلك بأنّ مجموع أيمانهما كالشيء الواحد، فإذا وقعت على غير الوجه المشروع لم يصح، إذ الشيء الواحد لا يحكم بصحة بعضه دون بعض، ونظير ذلك ما ذكره بعض أهل المذهب في صلاة الجمعة، حيث قدمت على الخطبة، حيث قالوا يجب أن تستأنف الخطبة والصلاة، ولا يصح أن يكتفى بالخطبة التي فعلها بعد الصلاة لأن الخطبة بمنزلة الركعتين الأولتين من صلاة الظهر، فالخطبة والصلاة شيء واحد، والشيء الواحد لا يصح أن يحكم بصحة بعضه دون بعض، هذا حاصل ما نقل عنه عليه السلام ونفع بحقائقه[2].

فـــــرعٌ: ولو تلاعنا بغير أمر الحاكم لم يصح، فيعيدان بأمره ولو حلفا عند من حكماه لم يكف في الأصح، إذ يجب الحد بالنكول وليس ذلك إليه، قيل: وكذا منصوب الخمسة ، وكذا يكون في حاكم الصلاحية بطريق الأولى .

فـــــرعٌ: وإذا أراد نفي الولد لم يكف أن يقول ليس مني لاحتماله، فلابد أن ينسبه إلى الزنا في أيمانه مصرحاً وإن قذفها بمعين ذكره في أيمانه كأصل الزنا، ذكر معنى ذلك في البحر [3].

[قيل] [4]: وحيث قذفها[5] برجل معين، فإن قال زنيت أنت وفلان، كان قاذفاً لهما فيلاعنها، ويحد له.

وقال ح: إذا حد له أولاً سقط اللعان والحد لها [6].

قلنا: لا وجه لذلك وإن قال: زنيت بفلان كان قاذفاً لها لا له، وإن قال زنى بك فلان كان قاذفاً له لا لها.

وقال في شرح الإبانة: يكون قاذفاً لهما في الصورتين كلتيهما، فلو ادعى الذي رماها به أن الولد له منها سقط الحد له عن[7] الزوج لأنه صدقه لا حيث قال أنه له، ولم يقل منها هــ[8].

1- في (أ)عليلم.

2 -في المخطوط "بحقايقه" .

3- البحر الزخار – دار الأندلس (٤/٢٥١).

4- الزيادة من (ب).

5- في (أ) " يقذفها".

6- الفتاوى الهندية - (١ / ٥٢١).

7- في (أ) على.

8- شرح الإبانة(خ).

وقيل: أن الزوج إذا قذف زوجته بمعين ثم لاعنها، وذكر ذلك المعين في أيمانه لم يلزمه الحد، بل يسقط عنه كحد الزوجة إذ الواقعة[1/] واحدة ذكر معنى ذلك في شرح الإرشاد، قال: فإن لم يذكر المعين في لعانه لم يسقط حقه، وله أن يعيد اللعان ويذكره، [بما][٢] يسقط[٣] حقه[منها] [٤] [انتهى هـ] [٥] [٦].

قولــه عليــلم: " **ثُمَّ يَفْسَخُ وَيَحْكُمْ بِالنَّفْيِ إنْ طَلَبَا** "أي ثم بعد كمال تحليفهما، يفسخ الحاكم النكاح بينهما، ولا يعتبر لفظ الفسخ، بل [يكفي] [٧]أن يقول لا تجتمعان أبداً، ورفعت النكاح بينكما، ويحكم بنفي الولد إن كان ثمة ولد، وإنما يجب أن يحكم بالفسخ والنفي، إن طبا منه بعد كمال الأيمان، وإنما قال المؤلف إن طلبا لئلا يتوهم لو قال إن طلب كما في الأزهار،أن الضمير عائد إلى الحاكم بالنفي فقط .

قيل س: فلو لم يطلب منه الحكم لم يحكم [٨].

قوله عليــلم: " **فيثبت بذلك السقوط والنفي والفسخ والرفع والتأبيد** " يعني إذا وقع الحكم بالفسخ والنفي، ثبتت الأحكام الخمسة المذكورة، أما السقوط والمراد به سقوط الحد عنهما باللعان فذلك قول الأكثر، ومستندهم الآية والأخبار، وعند ح وأصحابه أن قذف الزوج لزوجته لا يوجب عليه الحد، بل اللعان فقط، فلم يسقط عنه باللعان شيء [٩].

لنا قوله صلى الله عليه وآله لهلال "البينة أو جلد في ظهرك"[١٠]، وأما النفي والمراد به نفي نسب الولد من الزوج والفسخ بينهما، فلرواية ابن عباس في قصة هلال " ففرق رسول الله صلى الله عليه وآله بينهما"[١١]، وقضى أن لا يدعى ولدها لأب، ولا خلاف في انتفاء نسب الولد باللعان، إلا عن البتي[١٢] لقوله ببقاء النكاح ما لم يطلق، وهو خلاف النص والإجماع [١٣].

---

1 -نهاية ورقة ١٤٧ من (ب).
2- الزيادة من (أ).
3- في (ب) ليسقط.
4- الزيادة من (أ).
5- الزيادة من (ب).
6- شرح الإرشاد(١٥٨/٢).
7- الزيادة من (ب).
8- شرح الأزهار - (٢ / ٥١٦).
9- المبسوط - (٥ / ٥١)و الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير لأبي عبد الله محمد بن الحسن الشيباني سنة الولادة ١٣٢/ سنة الوفاة ١٨٩ -تحقيق عالم الكتب سنة ١٤٠٦ -بيروت.- (١ / ٢٩٠).
10-سبق تخريجه صـــ٣٢١.
11- سبق تخريجه صـــ٣٢٠.
12- في (ب) " إلا عن النبي [ص~]" وهو تحريف وتصحيف والصحيح ما أثبته .
13- البحر الزخار دار الأندلس (٣٥٩/٤) .

والفسخ باللعان فرقة لا طلاق عند الأكثر، إلا عن ح ومحمد [١].

قلنا: ليس بصريح طلاق ولا كناية، ولقول ابن عباس في الخبر المذكور، وقضى أن لا بيت لها عليه ولا قوت، لأنهما يفترقان من غير[٢/] طلاق، ولا متوفى عنها.

قلنا: وتقع الفرقة باللعان وإن لم يطلق، خلاف البتي، لما مرّ في حديث العجلاني من أنه طلق التي لاعنها ثلاثاً، قلنا لم يأمره [الرسول صلى الله عليه وآله] [٣]بذلك، بل قال لا سبيل لك عليها، وذلك إنكار للإمساك والطلاق، وأما الرفع وهو ارتفاع الفراش[٤] فذلك إجماع، وأما تأبيد التحريم فهو قول الأكثر، لقول سهل بن سعد في قصة العجلاني " فَمَضَتْ السُّنَّةُ بَعْدُ في الْمُتَلَاعِنَيْنِ أَنْ يُفَرَّقَ بَيْنَهُمَا ثُمَّ لَا يَجْتَمِعَانِ أَبَدًا "[٥]، وروى الدار قطني والبيهقي من حديث ابن عمر بلفظ "المتلاعنان إذا تفرقا لايجتمعان أبداً"[٦]، وعن ح ومحمد ورواية المنتخب، لا يتأبد كما في الطلاق، وكعود النسب.

قلنا: منعه الخبر [٧].

وعن ابن المسيب أن أكذب نفسه في العدة عادت بعقد كالخلع [٨]، وعن النخعي إذا حد للقذف فخاطب من الخطاب إذ بإكذاب نفسه، صار كمن لم يلاعن. لنا الخبر [٩].

والقول، بأن الأحكام الخمسة المذكورة لا تثبت إلا بعد كمال الأربع الأيمان، من كل واحد من الزوجين على الترتيب، وبعد الحكم بالنفي والفسخ لا بدون ذلك، [و] [١٠]هو قول أهل المذهب والحنفية، فلو مات الحاكم أو عزل قبل التفريق، فالنسب والنكاح باق ثابت.

1- حاشية رد المحتار - (٣ / ٧٧).

2- نهاية ورقة ١٤١ من (أ).

3- في (أ) "رسول الله ص~" بدل ما بين المعقوفين .

4 - قال في النجري يعني كارتفاعه بالطلاق الباين فقط بدليل أنه يلحق إذا أتت به لفوت أدنى الحمل وفي الكواكب لما ذكر رفع الفراش قال هكذا ذكر أهل المذهب ولم يتبين لنا له ثمرة لان فسخ اللعان كالطلاق الباين ولهذا ذكروا فيما تأتي به أنها إذا جاءت بولد لموضع الفراش لحق الزوج هــ تمت .

5- أخرجه أبو داود في سننه -كتاب الطلاق- بَاب في اللِّعَانِ –رقم ٢٢٥٠ (ج٢/ص٢٧٤)قال الألباني قلت: حديث صحيح، وإسناده على شرط مسلم) صحيح أبي داود - (٧ / ٢٠).

6- أخرجه البيهقي في السنن الكبرى- كتاب اللعان- باب ما يكون بعد التعان الزوج من الفرقة .. رقم١٥١٣١ (ج٧/ص٤٠٩)، وأخرجه الدار قطني في السنن - كتاب النكاح - باب المهر رقم١١٦ (ج٣/ص٢٧٦). وصححه الألباني في السلسلة الصحيحة (٥ / ٥٩٨).

7- البحر الزخار – دار الأندلس (٢٥٩/٤). والاختيار لتعليل المختار - (٣ / ١٨٥)والمنتخب – (١٦١).

8- الحاوي الكبير ــ للماوردي - (١١ / ١٦٨).

9- البحر الزخار – دار الأندلس (٢٥٩/٤)و المدونة - (٧ / ١٠٤)والمغني - (٩ / ١٨).

10- الزيادة من (أ).

وعن الناصر والصادق وك: أن التفرقة تقع بفراغ الزوجة من الأيمان المذكورة من غير حكم، وكذا [الأربعة الأحكام][1] الباقية [إذ لا فرق][2] [3]، وعن ش تثبت بفراغ الزوج، هكذا عن الروضة، وتلاعن المرأة عنده لإسقاط الحد [4].

لنا ما تقدم في الخبرين ونحوهما، ولأن اللعان يمين فلا توجب الفرقة، وكذلك النسب وسائر الأحكام لأن أحداً لم يفصل بينها، وحذف المؤلف عليلم قوله في الأزهار " **لَا بِدُونِ ذَلِكَ مُطْلَقًا** "[5] لفهمه من قوله في الأثمار فثبتت بذلك إلى آخره، وأشار في الأزهار بقوله " **مُطْلَقًا**" إلى خلاف ح في أنه يثبت حكم اللعان، إذا حكم الحاكم بعد ثلاث شهادات وقد تقدم .

قوله عليــلم: " **فإن أكذب نفسه عاد الأولان، المذهب**[6] **غالباً** "يعني فإن أكذب الزوج نفسه فيما صدر منه من القذف [ونفى الولد] [7] وكان إكذابه لنفسه بعد كمال اللعان والحكم بالفسخ والنفي، عاد الحكمان الأولان، وهما الحد ولحوق النسب، ولا خلاف في ذلك، وإنما الخلاف في تأبد التحريم، فالذي صحح للمذهب قول الهادي[عليلم] [8] في كتاب الأحكام، أن تأبيد التحريم يبقى وهو قول ش وك [9].

وقال الهادي في المنتخب: يرتفع تأبيد التحريم وتعود[10] إليه إذا أراد رجوعها بعقد جديد، وهو قول ح ومحمد [11]، وقد تقدم ذكر شيء من ذلك، ويلزم من ثبوت النسب ثبوت الإرث، وسواء أكذب نفسه قبل موت المنفي أم بعده، وسواء كان للمنفي ولد أم لا، على ما أختاره المؤلف عليــلم. [وهو قول الناصر وش][12].

وقوله: " المذهب غالباً" إشارة إلى تضعيف ما ذكره بعضهم للمذهب من أن الزوج إذا أكذب نفسه بعد موت الولد المنفي وليس له ولد، فأنه لا يثبت نسبه ولا ميراثه منه.

1- في (أ) تقديم وتأخير " الأحكام الأربعة ".
2- الزيادة من (ب).
3- البحر الزخار – دار الأندلس (٢٥٩/٤).
4- روضة الطالبين- الكتب العلمية - (٦ / ٣٠٧).
5- الأزهار - (١ / ٨٤).
6 - في المخطوط "هب" .
7 - الزيادة من (أ) .
8 - الزيادة من (أ) .
9- أصول الأحكام في الحلال والحرام - (١ / ٥٣٧).و البحر الزخار – دار الأندلس (٢٦١/٤)
10 - في(أ) فيعود.
11- البحر الزخار – دار الأندلس (٢٦١/٤)والاختيار لتعليل المختار - (٣ / ١٨٥).
12 - الزيادة من (أ) إلا أنها مشطوبة من ب.

قال في الغيث: وحاصل المسألة أنه إما أن يكذب نفسه قبل موت الولد أم[1] بعده، إن كان قبله ثبت النسب والإرث بلا خلاف ، وإن كان بعده، فأما أن يكون لهذا المنفي ولد أم لا، إن كان له ولد فلا إرث ولا نسب عندنا، لأنه لا يحصل بثبوت النسب حكم زائد على المال انتهى. [2] [وكما لا يصح الإقرار بالميت ابتداءً][3].

وأراد بالخلاف المتقدم قول بعض المذاكرين: أن الولد المنفي الميت إن كان له ولد لحق نسبه بالأب الملاعن فيكون جداً لابن المنفي، ولا يرث منهما شيئاً، لأنه أقر بحق له وهو الإرث، فلا يصادق عليه، وبحق عليه وهو لحوق نسب الولد به فيصح إقراره به.

قال في الغيث: وفيما ذكره ضعفُ لأنه خلاف ما حكاه أبو جعفر عن الهادي عليه السلام، لأنه قال إن لم يكن للولد المنفي ولدُ لم يثبت نسبه ولا ميراثه، وإن كان له ولد ثبت نسبه وميراثه عند الهادي عليــلم [4]، هكذا حكاه أبو جعفر في شرح الإبانة انتهى [5].

قوله عليه السلام: " **ويكفي لأهل بطن** "أي يكفي اللعان الواحد لنفي ذوي البطن الواحد، فإذا نفى الزوج ولداً ولاعن عليه ثم فرق الحاكم بينهما وحكم بنفي الولد ثم جاءت بولد آخر لدون ستة أشهر من ولادة المنفي، كان اللعان والنفي الأولان كافيين في نفي المولود الآخر، إذ هما حمل واحد فلا يصح تبيعضه [6]،كما لا يصح نفي أحد التوأمين دون الآخر، إذ هو كتبعيض الولد الواحد [7]، فلو أقر بالولد الثاني حُد للقذف ولحقه نسب الولدين كليهما.

قال في الغيث: ولا أحفظ فيه خلافاً [8]، فإن أتت بالولد الثاني لأكثر من ذلك، فهو حملٌ ثان، فيلحقه لموضع الفراش الذي كان قبل اللعان، ويحمل على أنه وطئ قبل تفريق الحاكم، إما قبل اللعان أو بعده، لأن أحكام الزوجية باقية قبل الحكم، فلا يصح منه نفي الولد الآخر، بل يلحق به بكل حال، لأن النفي إنما يكون باللعان، ولا مساغ له حينئذ لتأبد التحريم، وإنما عدل عن عبارة الأزهار للاختصار[9]، ولأنها توهم أن المرأة إذا أتت بولد

---

1 - في (أ) أو .

2 - [وهو قول الناصر والشافعي]زيادة من (ب) وليست مستقيمة .

3 - الزيادة من (أ) إلا أنها كتبت في (ب) ثم شطبت واستبدل بدلها " وهو قول الناصر والشافعي" والصحيح ما أثبته.

4- الغيث المدرار ج٢(خ).

5- شرح الإبانة(خ).

6 - نهاية ورقة ١٤٨ من (ب).

7- زيادة من (ب) [وكما لا يصح الإقرار بالولد الميت ابتداءً] وليست مستقيمة وليست في النسخ الأخرى أيضا لذا لم أثبتها في المتن .

8- الغيث المدرار ج٢(خ).

9- الأزهار - (١ / ٨٤).

لستة أشهر فصاعداً من يوم اللعان كفى ذلك في نفي الثاني، وليس كذلك إذ هو حينئذ حمل ثان فلا يصح نفيه، لما تقدم ذكره آنفاً .

قوله عليلم: "**وَلَا نَفْيُ بَعْدَ الْإِقْرَارِ أَوْ ما في حكمه** "أي لا يصح من الزج أن ينفي ولداً وضعته زوجته بعد أن أقر به، ولا خلاف في ذلك لأن ذلك يجري مجرى الرجوع عن الإقرار بحق الغير، وذلك لا يصح كما سيأتي، وكذلك لا يصح منه نفيه بعد أن يصدر عنه ما هو في حكم الإقرار بالولد، وذلك نحو السكوت حين يعلم بوضعه مع علمه بأن له أن ينفيه، فإذا سكت عن نفيه مع علمه بذلك [كأن] [1] لم يكن له أن ينفيه من بعد فأما لو علم بحدوث الولد ولم يعلم بأنّ له نفيه كان له نفيه متى علم بذلك.

قال المذاكرون: هذا إذا كان سكوته سكوت رضا، فأما لو[/2] سكت سكوت إنكار كان له نفيه بعد السكوت [3].

قال في الغيث: ولا معنى لهذا الاشتراط إلا إذا قدرنا أنه علم بالولد ولم يعلم أن له النفي، فأما إذا علم أن له النفي وسكت لم يكن له أن ينفيه بعد لأن نفي الولد على الفور ذكره في شمس الشريعة[4] انتهى هـ.

والقول له في عدم العلم بذلك مع يمينه هذا تحصيل ع وط ، وأما م بالله فلم يعتبر العلم والجهل بل قال إذا لم ينفه بعد ولادته لم يكن له نفيه سواء كان عالماً أن له النفي أم لا[5].

وقال ح: أنّ له أن ينفيه إلى سبعة أيام، وقال صاحباه على ثلاثة أيام، وفي البحر عنهما إلى آخر مدة النفاس أربعين يوماً، وعن مجاهد وعطاء بل على التراخي ما لم يقر[6].

وعن الإمام ح وش لا تراخي إلا قدر ما يلبس، أو ينتعل، أو يسرج دابته، أو يأكل أو يصلي أو يحرز ما يخشى[7] ضياعه، أو يجهّز ميّتة أو نحو ذلك، ثم يأتي الحاكم للنفي[8] إذ مثل ذلك ليس بتراخ عرفاً انتهى [9].

1- الزيادة من (ب).
2- نهاية ورقة ١٤٢ من (أ).
3- شرح الأزهار - (٢ / ٥١٨).
4- الغيث المدرار ج٢(خ) وشمس الشريعة(خ).
5- شرح الأزهار - (٢ / ٥١٩).
6- البحر الزخار – دار الأندلس (٢٥٧/٤).
7- في (ب) خُشي .
8- في (أ) لينفي .
9- البحر الزخار – دار الأندلس (٢٥٧/٤).

والمذهب أن خياره لا يبطل إلا إذا[1] لم ينف مع إمكان الشهادة، ولا يشترط أن يكون النفي عند الحاكم.

وقال أص ح[2]: أنه إذا سكت عند التهنئة لم يكن ذلك دلالة على إقراره [3].

حجة أهل المذهب أنه حق يبطل بالسكوت الطويل اتفاقاً، فيلزم أن يبطل بالسكوت القصير كالشفعة، ولا يلزم مثل ذلك في خيار الرد بالعيب، وخيار الأمة إذا أعتقت[4] تحت زوج، وخيار الولي في النكاح الموقوف، لأن جميعها لا يبطل إلا بالنطق هـ.

والوجه في اشتراط العلم بأن له النفي أنه مخير بين النفي والإثبات، فمهما لم يعلم أنه مخير لم يبطل حقه لأن ذلك ينافي معنى التخيير.

تنبيـــــهٌ: وإذا نفى الولد بعد الإقرار، أو بعد زمان طويل من يوم الولادة لم ينتف، ووجب اللعان بين الزوجين لأجل الحد هذا هو المذهب، وهو قول ح، وقال ابن أبي ليلى، وش إذا نفاه بعد الإقرار أو بعد زمان طويل وجب عليه الحد، ولا لعان [5].

قيل ع: وحد اللعان[6] أكثر من سنتين ما لم يعلم [بالولادة، لأن أحداً لا يجهل أكثر من ذلك، وفي السنتين يصح النفي.

قال في الغيث: وفائدة ذلك أنه لا يقبل قوله بعد السنتين إذا ادعى] [7] أنه لم يعلم، لأن ذلك خلاف العادة.

قيل ع: فإن علم بالولادة ولم يعلم بأن له النفي، فله نفيه إلى سنة، وعند م بالله لا يكون له نفيه بعد العلم بالولادة إذا سكت، وإن جهل أن له النفي انتهى [8].

فـــــرع: قال الإمام ح: والقول له في نفي العلم ما لم يكن حاضراً، وبالخيار ما لم يكن متفقهاً، وظاهر المذهب عدم الفرق[9].

1- في (ب) حيث .

2- رمز لأصحاب أبي حنيفة.

3- بدائع الصنائع - (٣ / ٢٤٧).

4- في (ب) عتقت .

5- البحر الزخار – دار الأندلس (٢٥٧/٤).وشرح الأزهار - (٢ / ٥١٨)و المبسوط - (٥ / ٥١) والحاوي في فقه الشافعي - للماوردي - (١١ / ٨١).

6- في (أ) "الطويل" بدل "اللعان" .

7- سقط من (أ) .

8- الغيث المدرار ج٢(خ) .

9- البحر الزخار – دار الأندلس (٢٥٧/٤).

فــــــرع: قال في البحر: وإن قال للمهنئ استجاب الله دعائك فإقرار، لا لو قال: أحسن الله جزاءك[1].

ش: أو رزقك الله مثله، ح: لا انتهى [2].

قيل: وإذا قيل له متعك الله بولدك، فقال آمين، امتنع نفيه حيث لا ولد له غيره، لأن ذلك يتضمن الإقرار به، فإن كان له ولد سواه وادعى أنه إنما قصده لم يمتنع النفي، وإن أجاب الداعي بنحو جزاك الله خيراً، أو سمعت ما يسرك لم يكن إقرارا، إذ الظاهر أنه إنما قصد مكافأة[3] الداعي على دعائه [4].

[فــرعٌ] [5] مســـألةٌ : قال الإمام ح: ويجب على الرجل [القذف والنفي] [6] حيث لم يطأها بعد طهرها، وشاهد الزنا وأتت به لستة أشهر، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم " أيما امرأة الخبر وإذا حرم على المرأة حرم على الرجل هكذا في البحر [7].

وأراد بالخبر قوله صلى الله عليه وآله " أَيُّمَا امْرَأَةٍ أَدْخَلَتْ عَلَى قَوْمٍ مَنْ لَيْسَ مِنْهُمْ فَلَيْسَتْ مِنَ اللَّهِ فِي شَيْءٍ ولَم[8] يُدْخِلَهَا اللَّهُ جَنَّتَهُ وَأَيُّمَا رَجُلٍ جَحَدَ وَلَدَهُ وَهُوَ يَنْظُرُ إِلَيْهِ احْتَجَبَ اللَّهُ مِنْهُ[9] وَفَضَحَهُ عَلَى رُؤُوسِ الأَوَّلِينَ وَالآخِرِينَ"رواه ش[وأبو داود والنسائي][10] وابن ماجة وصححه ابن حبان والحاكم [11].

قيل: وهو نص في وجوب النفي على المرأة، وفي معناها الرجل.

1- في المخطوط "جزاك"بدون همزة.

2- البحر الزخار – دار الأندلس (٢٥٧/٤)و المهذب ج٢/ص١٢٣و البحر الرائق ج٤/ص١٣٢.

3 - في المخطوط "مكافاة" .

4 - روضة الطالبين (ج٨/ص٣٦١).

5- الزيادة من (ب) .

6- في البحر "النفي والقذف".

7- البحر الزخار – دار الأندلس (٢٥٨/٤).

8- في رواية الشافعي " ولم" والبقية "ولن" .

9- في (أ) " عنه" والصحيح ما أثبته.

10- في (أ) "والنسائي وأبو داود".

11-أخرجه أبو داود في سننه-كِتَاب الطَّلَاقِ تَفْرِيعِ أَبْوَابِ الطَّلَاقِ - بَاب فِي التَّغْلِيظِ فِي الِانْتِفَاءِ-رقم٢٢٦٣(ج٢/ص٢٧٩). والنسائي في السنن- كتاب الطلاق - باب التغليظ في الانتفاء من الولد -رقم٥٦٧٥ (ج٣/ص٣٧٨).وابن ماجه في سننه- كِتَاب الْفَرَائِضِ - بَاب من أَنْكَرَ وَلَدَهُ -رقم٢٧٤٣ (ج٢/ص٩١٦) وابن حبان في صحيحه- باب صلة الرحم وقطعها - ذكر نفي دخول الجنة عن المرأة الداخله على قوم بولد ليس منهم- رقم٤١٠٨ (ج٩/ص٤١٨).و الحاكم في المستدرك- كتاب الطلاق -رقم ٢٨١٤(ج٢/ص٢٢٠). والشافعي في مسنده (ج١/ص٢٥٨)- كتاب الظهار واللعان. وضعفه الشيخ الألباني لأن في إسناده عبد الله بن يونس وهو مجهول، وبه أعله المنذري . ينظر ضعيف أبي داود (٢ / ٢٤٧). وسلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة وأثرها السيئ في الأمة - رقم١٤٢٧ - (٣ / ٦١٧) للشيخ الألباني رحمه الله . -دار المعارف- الرياض – ط١: ١٤١٢ هــ / ١٩٩٢ م.

قيل: ويجوز أن يقال المحرم التصريح باستلحاق الولد دون السكوت عن النفي، وذلك لأن في اقتحام اللعان شهرةً وفضيحة يصعب احتمالها على ذوي المروءآت[١] فيبعد إيجابه انتهى، وهو مناسب لما تقدم ذكره أن حكمه الجواز، خلاف ما قاله الإمام ح.

قال في شرح الإرشاد: وإن تيقن أن الولد ليس منه ولم يتيقن زناها ولا ظنه ظناً مؤكداً كما مر، فلا يقذفها بل يلاعن لنفي الولد فقط، لاحتمال كون الولد من زوج قبله، أو من وطئ شبهة انتهى [٢].

والمذهب تعذر اللعان في مثل هذه الصورة، إذ من شرطه عندهم رميها بالزنا كما تقدم، فيتعذر اللعان عندهم نفي الولد في ظاهر الشرع، إذ لا ينتفي من دون لعان، لكن يجوز للزوج أن يروي ميراثه عنه ونحو ذلك، والله أعلم هـــ.

وحذف المؤلف[٣/] عليـــلم قوله في الأزهار " وَلَا بِدُونِ حُكْمٍ وَلِعَانٍ "[٤] لفهم ذلك من قوله فيما تقدم، فيثبت بذلك السقوط إلى آخره، إذ مفهومه أنه لا يثبت أي الأحكام الخمسة، من دون الحكم بالفسخ والنفي كما تقدم وإن كان مفهوم لقب، فهو معمول به في المختصرات، والله أعلم.

قولـــه عليه السلام[٥]: " **وَلَا لِبَطْنٍ ثَانٍ لَحِقَهُ بَعْدَ اللِّعَانِ** " يعني ولا يصح النفي لبطن ثان أتت به بعد اللعن، وأمكن إلحاقه بالزوج كما تقدم عند شرح قوله ويكفي لأهل بطن.

قال في الغيث: في هذا الموضع فلو وقع اللعان لنفي الولد وحكم الحاكم ثم جاءت[٦] بولد بعد ذلك لستة أشهر فصاعداً، ولدون أربع سنين من يوم الحكم لحقه هذا الولد لمكان الفراش الأول، ولم يصح نفي هذا الولد بحال من الأحوال، لأن نفيه لا يكون إلا بلعان ولا مساغ له، لأنه قد تأبد التحريم باللعان الأول، وهذا لا ينافي قولنا، وارتفع الفراش بالحكم لأن الفراش الذي لحق به هذا الولد، هو الثابت قبل الحكم، ولا فراش بعد الحكم انتهى[٧].

قولـــه عليه السلام: " **المذهب**[٨] **ولا يصح لمن مات قبل الحكم**" أي قال أهل المذهب: ولا يصح النفي للولد إذا مات قبل أن يحكم الحاكم بنفيه، بل يثبت نسبه وميراث الزوج منه

---

1 - في المخطوط "المروات" .
2- شرح الإرشاد(٢/ ١٥٤).
3- نهاية ورقة ١٤٩ من (ب).
4- الأزهار - (١ / ٨٤).
5- في (أ)عليلم.
6 - في المخطوط "جآت" .
7- الغيث المدرار ج٢(خ) .
8- في المخطوط (هب) وهكذا في البقية فلا داعي لتكراره .

بالأبوة[1]، وإذا كان المنفي توأمين[2] فمات أحدهما قبل الحكم بنفيهما لم يصح نفي الباقي منهما لما تقدم [3].

وأما الحد فإن كان الميت هو الزوج فظاهر، وإن كانت الزوجة هي الميتة فسيأتي حكمه في باب القذف.

ومن قال بأن الفرقة[4/] تحصل بالفراغ من الأيمان قبل الحكم فهو يخالف هنا، وكذا[5] من قال تقع الفرقة بالفراغ من أيمان الزوج، وقد تقدم ذلك.

وأشار المؤلف عليلم إلى ضعف كلام أهل المذهب في هذه المسألة[6]، وقال: بل الصحيح ما ذكره أص ش [من] [7] أنه يصح النفي لمن مات بعد اللعان قبل الحكم، لأنه لم يبق إلا الحكم وهو يصح بعد الموت [8]، وأيضاً فتعليل أهل المذهب في هذه المسألة[9] فيه ضعف لأنهم قالوا لا ثمرة للنفي، وثمرته ظاهرة وهي عدم الميراث، أي ميراث الأب من الابن المنفي، وميراث أبيه من الأب ونحو ذلك .

قوله عليه السلام: " **المذهب**[10] **أَوْ أَحَدُ أَبَوَيْهِ** " يعني ولا يصح النفي لمن مات أحد أبويه قبل الحكم بالنفي، وهذا ذكره الإمام عليلم في الأزهار[11] والبحر، ولعله أخذه من كلامهم في المسألة الأولى، ولذلك قال في البحر: وكذا لو[12] مات أحد أبويه قبل الحكم [13].

وفي هذه المسألة نظر من وجهين:

الأول: أنها جعلت للمذهب، وليس في كلامهم تصريح بذلك هـــ.

الوجه الثاني: ما ذكره في المسألة الأولى، ولذلك أشار المؤلف عليه السلام في الأولى إلى ضعف كلام أهل المذهب فيها، وفي الثانية إلى ضعف روايتها عنهم، والصحيح عندهم

1-في(ب) زيادة [هب] أي "المذهب "وحذفناها من المتن لأنه قد سبق ذكرها.

2 - في المخطوط " تؤمين" .

3- البحر الزخار – دار الأندلس (٢٥٨/٤). وشرح الأزهار - (٢ / ٥١٩).

4- نهاية ورقة ١٤٣ من (أ).

5- في (أ) كذلك .

6 - في المخطوط "المسلة" وكذا في بقيته.

7- الزيادة من (ب).

8- روضة الطالبين- الكتب العلمية - (٦ / ٣٣٣)و البحر الزخار – دار الأندلس (٢٥٨/٤).

9 - في المخطوط "المسلتين" .

10 - في المخطوط "لهب".

11- الأزهار - (١ / ٨٤).

12- في (أ) إذا.

13- البحر الزخار – دار الأندلس (٢٥٨/٤) والأزهار - (١ / ٨٤).

في المسألتين[١] أنه يصح النفي بعد الموت، وتكون فائدته في الميراث وأحكامه، فحيث مات الولد تكون الفائدة انتفاء[٢] نسب أولاده فلا يرثون الأب و[لا الجد] [٣] ولا أحدا من ذوي قرابته والعكس، وإن كان الميت الأب طلبته الأم، لئلا يشاركها أولاده من غيرها في ميراث المنفي ونحو ذلك، وإن كان الميتة الأم طلبه الأب لئلا يرثه الولد المنفي ونحو ذلك، فعرفت ظهور الفائدة في ذلك، هذا حاصل ما نقل عن المؤلف عليه السلام.

وفي شرح الإرشاد ما لفظه "ويلاعن لنفي نسب الولد الممكن، وإن مات الولد لأن نسبه لا ينقطع بالموت، بل يقال مات ابن فلان، وهذا من ابن فلان، ولأنه يترتب على نفي نسبه إسقاط [مؤنة التجهيز] [٤] والدفن، ولأن الزوج قد يكون غائباً، فذكر الولد في غيبته ويولد له، ويموت فينفيه ميتاً لينتفي عنه أولاده"[٥]انتهى.

قوله عليـــلم:" **ويصح للحمل إن وضع [لدون]** [٦]**أدنى**[٧] **مدته من النفي** " أي ويصح من الزوج [أن] [٨] ينفي[٩] حمل زوجته بشرط أن تضع ذلك الحمل لدون ستة أشهر من يوم النفي، فإن وضعته لأكثر من ذلك بطل النفي، وليس المراد أنه شرط في لفظ النفي أن يقرن بالشرط بل يصح منه النفي من غير شرط، لكنه في نفس الأمر مشروط بأن تضعه لأدنى مدة الحمل .

[و] [١٠] قولـــه عليـــلم: " **لَا اللِّعَانِ قَبْلَ الْوَضْعِ** " معناه لا اللعان فلا يصح قبل الوضع لا مطلقاً، ولا مشروطاً، بل يؤخر اللعان حتى تضع.

قال في الغيث: وفي هذه المسألة ثلاثة أقوال:

الأول: المذهب على ما ذكره ض زيد، وهو ما ذكرنا من أن النفي يصح حال الحمل، ويقع اللعان بعد الولادة، ولا يحتاج إلى إعادة النفي إذا أتت به لدون ستة أشهر، فإن أتت به لأكثر لم يصح النفي الأول، ولا يقال قد صار قاذفاً فيلاعن لأجل القذف، لأنه إنما قذف

---

1 - في المخطوط "المسلة".
2 - في المخطوط "انتفآ ".
3- في (أ) "الحكم " بدل ما بين المعقوفين وهو تحريف .
4- في (أ) مؤنته بالتجهيز.
5- شرح الإرشاد(١٥٧/٢).
6- الزيادة من (أ).
7- في (ب) لأدنى.
8- الزيادة من (ب).
9- في (أ) " نفي".
10- الزيادة من (ب).

على شرط أن يكون في بطنها حمل، فإن أعاد النفي بعد الولادة لأكثر من ستة أشهر صح النفي واللعان هـــ.

القول الثاني: لأبي طالب أن النفي واللعان يصحان حال الحمل مشروطاً لأن[١] تأتي به لدون ستة أشهر، [وصورته والله أني لصادق فيما رميتك به، إن أتيت به لدون ستة أشهر][٢].

قيل: وقد خرّج ط من قول الهادي عليـــلم، ولا يصح اللعان على نفي الحمل مطلقاً أنه يصح مشروطاً هـــ.

القول الثالث: قول ك وش: أنه يصح على نفيه مطلقاً فصار الخلاف[٣] على إطلاقين، وتفصيل لنا أن اللعان يتعلق بالحمل، وهو غير متيقن، لأنه يجوز أن يكون في بطنها ريحٌ أو علة، أو مادةٌ يتوهم أنه حمل، وإذا لم يتيقن لم يجز إيجاب اللعان بالشكل انتهى هـــ[٤].

وفي البحر نحو ذلك لكنه نسب قول ش إلى المروزي، وحكى عن ح والمزني أنه لا يصح النفي قبل الوضع إلا مع الشرط لعدم اليقين، ثم قال قلنا هو مشروط وإن لم يلفظ"[٥] انتهى .

وفي شرح الإرشاد ما معناه أنه يشترط في صحة نفي الحمل الفور كغيره، قال إلا أن تقول لم أشعر به أو قال أجزته ليتحقق الحال فلا يشترط لنفيه فوراً بل له تأخيره إلى الوضع لاحتمال أن الذي يظن حملاً ريحٌ، فتنفس فلو قال: عرفت أنه حمل، [و] [٦]لكن أخرت النفي لعلها تجهض، فلا أحتاج إلى كشف الستر بطل حقه لتأخيره النفي مع علمه وقدرته انتهى [٧].

تنبيـــــهٌ: قد استدل بصحة اللعان قبل الوضع بظاهر حديث لعان هلال وزوجته وكانت حاملاً، وليس ذلك بصريح في الحديث بل يؤخذ ذلك من قول النبي صلى الله عليه وآله في بعض رواياته" اللهم بَيِّنْ[٨] فجاءت[٩]

1- في (ب) " بأن".
2- الزيادة من (ب).
3- في (أ) "الحالف".
4- الغيث المدرار ج٢(خ) .
5- البحر الزخار – دار الأندلس (٢٥٥/٤).
6- الزيادة من (ب).
7- شرح الإرشاد(١٥٧/٢).
8 - بعدها " ثم لاعن بينهما" كما في المتن.
9 - في المخطوط " فجأت".

بولد يشبه الذي رميت به"[١] ونحو ذلك[/٢].

فــــرع: [و] [٣]لا لعان بعد اللعان للبينونة المؤبدة، لكن يلزم الحد إلا أن يقذفها بما لاعن لأجله، فلا حد لكن يعزر للإيذاء، وقيل لا يلزمه الحد مطلقاً لسقوط إحصانها[٤] باللعان.

قلنا: لا نسلم سقوطه فإن قذفها أجنبي بما لاعنت لأجله، حُد عند العترة وش إذ لم يسقط إحصانها باللعان [٥].

وقال ح: إن مات الولد المنفي سقط [إحصانها وإلا حد لبقاء دليل الإحصان [٦].

لنا قوله صلى الله عليه وآله في قصة هلال وزوجته، " ولا ترمى ولا يرمى] [٧]ولدُهَا، ومن رماها أو رمى ولدها فعليه الحد"[٨]، ولم يفصل هـــ.

فــــرعٌ: ويتعدد اللعان بتعدد الزوجات المقذوفات ولو بلفظ واحد، عند العترة والفريقين، لتعدد الحق كاليمين، ويرتب اللعان على ترتيب القذف، ولا يجب استئناف اللعان إن لم ترتب، إذ قد وصل كل إلى حقه، فإن نكل الزوج تعدد الحد عليه كاللعان [٩].

وقال ح: [لا] [١٠]تعدد إذ الحد تابع للفظ، وهو واحدٌ [١١].

قلنا: وإن اتحد كلو قتل جماعة دفعة واحدة، ومن قذف امرأته قذوفاً مختلفةً كفى لعان واحد، إن لم يكن قد تخلل اللعان كالحد هـــ.

فــــرع: وفسق الزوجين لا[/١٢] يمنع اللعان للآية، ولو حدث بعد القذف عند القاسمية[١٣]، وقال ط والإمام ح والفريقان: بل يمنع لبطلان الإحصان حينئذ، قلنا لم يفصل قوله تعالى: ﴿ أَزْوَاجَهُمْ ﴾[١]، ذكر معنى هذه الأطراف في البحر وغيره [٢].

1- أخرجه البخاري في صحيحه - بَاب قَوْلِ النبي صلى الله عليه وسلم لو كنت رَاجِمًا بِغَيْرِ بَيِّنَةٍ -رقم٥٠٠٤ (ج٥/ص٢٠٣٤). و عبد الرزاق في مصنفه -باب لا يجتمع المتلاعنان أبدا -رقم١٢٤٥١ واللفظ له (ج٧/ص١١٧).
2- نهاية ورقة ١٥٠ من (ب).
3- الزيادة من (ب).
4- في (أ)"احصانهما".
5- المجموع - (١٧ / ٣٩٨).
6- الدر المختار - (٣ / ٥٤٢)والمجموع - (١٧ / ٣٩٨).
7- سقط من (ب).
8- سبق تخريجه صـــ٣٢٠ .
9- الاختيار لتعليل المختار - (٣ / ١٨٦)و مغني المحتاج - (٣ / ٣٧٩)و المهذب - (٢ / ١٢٤).
10- . الزيادة من (ب) .
11- المبسوط - (٥ / ٥١).
12- نهاية ورقة ١٤٤ من (أ).
13 - في المخطوط "القسميّة " .

قوله عليـــلم: " **وَنُدِبَ تَأْكِيدُهُ بالخامسة والْقِيَامُ ونحوه، المذهب**[٣] **وتَجَنُّبُ الْمَسْجِدِ** " أي ويندب تأكيد الأربع الأيمان بعد كمالها باليمين الخامسة، التي ذكرها الله عز وجل حيث قال **(** وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِن كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ **)**[٤]وقال في حق المرأة **(** وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِن كَانَ مِنَ [الصَّادِقِينَ] [٥] **)**[٦] وقد تقدم وجه الحكمة في كونه خص المرأة بالغضب.

قال أبو جعفر: ولا خلاف في أن الخامسة مستحبة غير واجبة [٧].

قال في البحر: وإذا فرق الحاكم بينهما بعد الأربع صح إجماعاً لقوله صلى الله عليه وآله "فاشهد أربعاً" [٨]، فاقتضى أن الخامسة تأكيد فقط" [٩]انتهى .

وأما ندب القيام حاله[١٠] فلإظهار أمرهما، ولأنه ورد في الحديث "فقام هلال فشهد، وفيه ثم قامت فشهدت"[١١] انتهى.

فيلاعن الرجل قائماً وهي قاعدة، ثم تقوم المرأة فتلاعن [قائمة][١٢] وهو قاعدٌ.

وأراد [المؤلف] [١٣] عليلم بنحو القيام ما ورد التغليظ به [١٤]، فمن ذلك مبالغة الحاكم في تخويفهما عند الخامسة، كما ورد في الحديث المتقدم، ويتلو عليهما**(** إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَناً قَلِيلاً **)**[١٥]الآية، ويقال لكل منهما عند الخامسة أنها الموجبة أي التي توجب على الرجل اللعنة إن كان كاذباً، وتوجب على المرأة الغضب إن كانت كاذبةً، ويأمر القاضي رجلاً فيضع يده على فِيِّ الرجل عند الخامسة ويأمر امرأةً[١٦] أو محرماً فيضع [١٧]

1- النور: ٦.
2- البحر الزخار – دار الأندلس (٢٦٠/٤).
3 - في المخطوط "لهب".
4- النور: ٦.
5 - سقط من (ب) .
6- النور: ٩.
7- شرح الأزهار - (٢ / ٥٢١).
8- ذكره المصنف في كتابه جواهر الأخبار والآثار المستخرجة من لجة البحر الزخار (ج٢٥١/٤) وكذلك ذكره في الانتصار (خ) إلا أنني لم أجده بهذا اللفظ في كتب الحديث الأخرى، وأما بنحوه فقد سبق ذكره وتخريجه صــ٣٢٣ .
9- البحر الزخار – دار الأندلس (٢٥٠/٤).
10- أي حال اللعان.
11- سبق تخريجه صــ٣٢١.
12- الزيادة من (أ).
13- الزيادة من (ب).
14- [فمن ذلك به]زيادة من (أ) وليست مستقيمة في المتن .
15 - آل عمران: ٧٧
16 - في المخطوط "مرأةً" .
17 - في (أ) فتضع .

اليد على فِيِّ المرأة عندها تهويلاً على كل منهما، لعله يرتدع عن[1]الإقدام على الكذب، فإن أبيا إلا المضي على اللعان، أمضاها على كل منهما.

والأصل في ذلك رواية أبي داود أن النبي صلى الله عليه وآله قال لكل منهما عند الخامسة "أنها موجبة"[2]، وفي رواية لأبي داود والنسائي" أنه أمر رجلاً أن يضع يده على فم الرجل عند الخامسة"[3]، وأما المرأة فقياساً على الرجل[4].

ومن ذلك التغليظ بإحضار طائفة[5] من ذوي الصلاح، لما في حديث ابن عباس، وسهل بن سعد من حضورهما اللعان الواقع على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله وهما يومئذٍ في سن الصبا، فدل ذلك بحسب العادة على حضور غيرهما من أكابر الصحابة بطريق الأولى، ووجه ذلك ما فيه من الردع عن الكذب، ويكفي حضور أربعة كشهادة الزنا.

ومن ذلك التغليظ بالمكان، ففي مكة بين الركن والمقام وهو يسمى الحطيم، وفي المدينة عند المنبر وفي بيت المقدس عند الصخرة [ثم] [6]في الجوامع، وإذا كانا من أهل الذمة، ففي الكنائس والبِيَع [7]ونحوهما هـــ.

ومن ذلك التغليظ بالزمان كبعد العصر لورود ذلك في غير اللعان، في قوله تعالى**(** تَحْبِسُونَهُمَا مِن بَعْدِ الصَّلَاَةِ[8]**)**[9] الآية وفسرت بصلاة[10] العصر، وفي يوم الجمعة كذلك إذ هي الساعة التي أمرنا بالتماسها، كما ورد في الحديث.

وقد روى البيهقي من حديث عبد الله بن[11]

---

1 - في (أ) على .

2 - سبق تخريجه صـــ٣٢٢ .

3 - أخرجه أبو داود في سننه -كتاب الطلاق- باب في اللعان -رقم٢٢٥٥ -(ج٢/ص٢٧٦)و النسائي في السنن الكبرى - كتاب الطلاق - باب الأمر بوضع اليد على في المتلاعنين عند الخامسة -رقم٥٦٦٦ (ج٣/ص٣٧٤). وصححه الألباني في الإرواء (٧ / ١٨٦) وفي (صحيح أبي داود - (٧ / ٢٧).

4 - في (أ) ذلك .

5 - في المخطوط "طايفة ".

6- سقط من (ب).

7- الكنائس أماكن عبادة النصارى والبيع أماكن عبادة اليهود .

8 - في المخطوط " الصلوة" .

9 - المائدة: ١٠٦.

10 - في المخطوط ب "صلوة ".

11 - في المخطوط "ابن" .

جعفر[1] أن النبي صلى الله عليه وآله "لاعن بين الرجل والمرأة، وهما عند المنبر بعد العصر"[2]، وفي الحديث " مَنْ حَلَفَ عَلَى مِنْبَرِي هَذَا بيَمِينٍ آثِمَةٍ فليتَبَوَّأَ[3] مَقْعَدَهُ مِنَ النَّارِ "[4] رواه ك وأبو داود والنسائي وابن ماجة والحاكم واللفظ له كلهم من رواية جابر وله شاهد من رواية أبي هريرة، وفي الصحيحين " ثَلَاثَةٌ لَا يُكَلِّمُهُمْ الله يوم الْقِيَامَةِ ولا يَنْظُرُ إِلَيْهِمْ ولهم عذاب أليم ، رجل حلف يميناً على مال مسلم فاقتطعه، و رجل على يمين بعد العصر لقد أعطى [في][5] سلعته[6] أكثر مما أعطى ورجل منع فضل الماء" [7].

اللفظ للبخاري[8] والوجه في جميع ما ذكر المبالغة في الزجر والله أعلم هـ .

وقول المؤلف [عليلم] [9]: " المذهب"[10] وتجنب المسجد إشارة إلى ضعف جعل ذلك للمذهب لما تقدم ذكره من أدلة، ندب التغليظ بالمكان وغيره، ووجه كراهة[11] ذلك عند القائل به من أهل المذهب أن اللعان بد ل من الحد، وقد ورد عن النبي صلى الله عليه وآله " جَنِّبُوا مَسَاجِدَكُمْ صِبْيَانَكُمْ وَمَجَانِينَكُمْ ... إلى قوله" وَإِقَامَةَ حُدُودِكُمْ "[12].

---

1 - هو عبدالله بن جعفر بن أبي طالب أول من ولد من المهاجرين بالحبشة له صحبة وكان كأبيه في الكرم والسخاء عنه سعد بن إبراهيم وابن عقيل مات سنة ثمانين ع (الكاشف في معرفة من له رواية في الكتب الستة – للذهبي -دار القبلة –جدة- الطبعة الأولى ١٤١٣ – ١٩٩٢.(١ / ٥٤٣).

2 - أخرجه البيهقي في السنن الكبرى -باب أين يكون اللعان- رقم١٥٠٨٣(٧ / ٣٩٨).و الدار قطني في سننه –باب المهر -رقم١١٩ (٣ / ٢٧٧).

3 - في متن الحديث " تبوأ " كما في لفظ النسائي .

4 - أخرجه مالك في الموطأ - كتاب الأقضية -باب ما جاء في الْحِنْث على مِنْبَر النبي صلى الله عليه وسلم -رقم ١٤٠٨ (ج٢/ص٧٢٧).و أبو داود في سننه - كِتَاب الْأَيْمَانِ وَالنُّذُورِ - بَاب مَا جَاء فِي تَعْظِيمِ الْيَمِينِ عِنْدَ مِنْبَرِ النبي- رقم ٣٢٤٦ (ج٣/ص٢٢١). والنسائي في سننه - كتاب القضاء باب اليمين على المنبر-رقم ٦٠١٨ (ج٣/ص٤٩١) وابن ماجة في سنن - كِتَاب الْأَحْكَامِ - بَاب الْيَمِينِ عِنْدَ مَقَاطِعِ الْحُقُوقِ -رقم ٢٣٢٥.(ج٢/ص٧٧٩) والحاكم في المستدرك على الصحيحين- كتاب الأيمان والنذور -رقم ٧٨١٠ بلفظ " من حلف على منبري هذا على يمين آثمة فليتبوأ مقعده من النار(ج٤/ص٣٢٩). و صححه الشيخ الألباني انظر مختصر إرواء الغليل - (١ / ٥٣٧).

5- الزيادة من (أ).

6- في (ب) بسلعة.

7 -أخرجه البخاري في صحيحه -كِتَاب الْمُسَاقَاة الشرب- باب فَضْلِ سَقْيِ الْمَاءِ -رقم ٢٢٤٠ (ج٢/ص٨٣٤). ومسلم في صحيحه - كِتَاب الْإِيمَانِ- بَاب بَيَانِ غلظ تَحْرِيمِ إِسْبَالِ الْإِزَارِ وَالْمَنِّ بِالْعَطِيَّةِ وَتَنْفِيقِ السِّلْعَةِ بِالْحَلِفِ وَبَيَانِ الثَّلَاثَةِ الَّذِينَ لَا يُكَلِّمُهُمْ الله يوم الْقِيَامَةِ ولا يَنْظُرُ إِلَيْهِمْ ولا يُزَكِّيهِمْ وَلَهُمْ عَذَابٌ -رقم١٠٨ (ج١/ص١٠٣).

8 -لفظ البخاري " ثَلَاثَةٌ لَا يُكَلِّمُهُمْ الله يوم الْقِيَامَةِ ولا يَنْظُرُ إِلَيْهِمْ رَجُلٌ حَلَفَ على سِلْعَةٍ لقد أَعْطَى بها أَكْثَرَ مِمَّا أَعْطَى وهو كَاذِبٌ وَرَجُلٌ حَلَفَ على يَمِينٍ كَاذِبَةٍ بَعْدَ الْعَصْرِ لِيَقْتَطِعَ بها مَالَ رَجُلٍ مُسْلِمٍ وَرَجُلٌ مَنَعَ فَضْلَ مَاءٍ فيقول الله الْيَوْمَ أَمْنَعُكَ فَضْلِي كما مَنَعْتَ فَضْلَ ما لم تَعْمَلْ يَدَاكَ " .

9- الزيادة من (ب).

10- في (أ،ب) "لهب".

11- في (أ) كراهته.

12- أخرجه ابن ماجه في سننه -كِتَاب الْمَسَاجِدِ وَالْجَمَاعَاتِ - بَاب ما يُكْرَهُ في الْمَسَاجِدِ -رقم٧٥٠.بلفظ " جَنِّبُوا مَسَاجِدَكُمْ صِبْيَانَكُمْ وَمَجَانِينَكُمْ وشراركم وَبَيْعَكُمْ وَخُصُومَاتَكُمْ وَرَفْعَ أَصْوَاتِكُمْ وَإِقَامَةَ حُدُودِكُمْ وَسَلَّ سُيُوفِكُمْ وَاتَّخِذُوا على أَبْوَابِهَا الْمَطَاهِرَ جَمِّرُوهَا في الْجُمَعِ(ج١/ص٢٤٧). و البيهقي في السنن الكبرى -كتاب آداب القاضي -باب ما يستحب للقاضي من أن لا يكون

قالوا: واللعان يجري مجرى الحد لوجوبه بالقذف مثله [١].

قال في الغيث: وإنما لم يكن محظوراً كالحد، لأنه أيمانٌ، وليس بحدٍ انتهى [٢].

ومفهومه أن الكراهة للتنزيه فقط، وفي بعض شروح التذكرة أن الكراهة فيه للحظر، وهو ظاهر حكاية البحر عن القاسم[٣] عليه السلام[٤]، حيث قال القاسم[٥] [عليه السلام][٦] ولا يسوغ في المساجد بناءً على عدم التغليظ[٧]انتهى.

والمؤلف عليلم صحح للمذهب ما ذهب إليه الإمام ح وش من استحباب التغليظ [٨] بما تقدم، لما تقدم والله الموفق، ولم يذكر المؤلف الاختلاف في هذا اكتفاء[٩] بالضابط الذي تقدم ذكره وبما سيأتي في كتاب الدعاوى إن شاء الله تعالى.

وفي البحر ما لفظه " فصـــل: والقول له في نفي القذف وفي وقوعه بعد الزوجية ليلاعن إذ القول به في[١٠] أصله فكذا في وقته، وكذا لو قال: قبل الفرقة، وقالت: بعدها، فإن أنكرت الزوجية حال القذف بيّن، إذ الأصل[١١/] عدم النكاح، وكلو ادعى قذفها مرتدة، ولو أنكر القذف فبينت فطلب اللعان أجيب، و[١٢] ليس مكذباً لنفسه انتهى [١٣].

=قضاؤه في المسجد -رقم٢٠٠٥٥(ج١٠/ص١٠٣). وضعفه الألباني في إرواء الغليل وقال: أن "إسناده ضعيف جدا"(٧ / ٣٦٢).

1- شرح التجريد في فقه الزيدية - (٥ / ١٨٢).

2- الغيث المدرار ج٢(خ) .

3 - في المخطوط "القسم".

4 - في (أ) عليلم .

5 - في المخطوط " القسم".

6 - الزيادة من (ب) .

7- البحر الزخار – دار الأندلس (٢٥٢/٤).

8- المجموع - (١٧ / ٤٣٩)والبحر الزخار – دار الأندلس (٢٥١/٤).

9 - في المخطوط " اكتفآ" .

10 - في البحر " من ".

11- نهاية ورقة ١٥١ من (ب).

12 - في البحر " إذ".

13- البحر الزخار – دار الأندلس (٢٦١/٤).

بَابُ الحَضَــانَةِ

هي بفتح الحاء وكسرها، مشتقة من الحضن بكسر[الحاء][1]،وهو أسفل من الإبط، [بضم][2] المحضون إليه [3].

وفي الشرع: حفظ المولود وتربيته في الحولين، وقيل حتى يستغني بنفسه [4].

وأجرة الحضانة[5] على من تلزمه نفقته.

والأصل فيها من الكتاب قوله تعالى: **(**وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلاَدَهُنَّ **)** [6]الآية، ومن السنة ما سيأتي والإجماع ظاهر.

قوله عليلم:" **نحو الأم الْحُرَّةَ أَوْلَى بنحو وَلَدِهَا حيث لا يستقل**" يعني أن الأم أولى بإرضاع ولدها وتربيته إذا طلبت[7] ذلك، فإن أسقطت حقها من ذلك، رباه غيرها إن قبل ذلك وإلا أجبرت.

والأصل في ذلك ما رواه أبو داود والحاكم وغيرهما عن ابن عمرو بن العاص[8] أَنَّ امْرَأَةً قالت يا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ ابْنِي هذا كان بَطْنِي له وِعَاءً وَثَدْيِي له سِقَاءً وَحِجْرِي له حِوَاءً وَإِنَّ أَبَاهُ طَلَّقَنِي وَأَرَادَ أَنْ يَنْتَزِعَهُ[9] مِنِّي فقال لها رسول اللَّهِ صلى الله عليه وآله أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ ما لم تَنْكِحِي[10] انتهى .

وقوله "الحرة" احتراز من الأمة، فلا حق لها في[11] الحضانة لأنها مشغولة بخدمة المالك، وأراد [المؤلف] [12] عليلم بنحو الأم الأولاد وأولادهم ما تناسلوا على الترتيب،

---

1 - الزيادة من (أ) .

2 - الزيادة من (ب) .

3 - المصباح المنير(ج١/ص١٤٠) و شرح الأزهار - (٢ / ٥٢١).

4 - التعريفات للجرجاني (ج١/ص١١٩)و البحر الزخار (٧ / ٤٦٨). والدر المختار - (٣ / ٦٢١).

5 - في (ب)"الحاضنة".

6 - البقرة:٢٣٣.

7 - في (أ) "طلب" .

8 - هو عبد الله بن عمرو بن العاص أبو محمد السهمي القرشي ،من أصحاب النبي r ، نزل الشام، مات ليالي الحرة في ولاية يزيد بن معاوية ويقال مات سنة تسع وستين وهو بن اثنتين وسبعين.ينظر التاريخ الكبير - (٥ / ٥)والثقات للعجلي - (٢ / ٤٨) التعديل والتجريح - (٢ / ٨٠٦).

9 - في الأصل ينزعه والصحيح ما أثبته .

10 - أخرجه أبو داود في السنن -كِتَاب الطَّلَاقِ تَفْرِيعِ أَبْوَابِ الطَّلَاقِ - بَاب من أَحَقُّ بِالْوَلَدِ -رقم٢٢٧٦ (ج٢/ص٢٨٣) والحاكم في المستدرك على الصحيحين -كتاب الطلاق -رقم ٢٨٣٠ (ج٢/ص٢٢٥). وحسنه الألباني في إرواء الغليل - (٧ / ٢٤٤).

11 - نهاية ورقة ١٤٥ من (أ) .

12 - الزيادة من (ب) .

وأراد بنحو الولد الآباء والأمهات ما علوا، فإن الولد يثبت له حق الحضانة لأبويه العاجزين ما علوا على الترتيب، كالعكس والإشارة إلى ذلك بلفظه "نحو" في الموضعين من زيادات المؤلف عليلم، وهي زيادة حسنة لازمة، وقد أشار إليها في البحر حيث قال: "وإنما يحضن طفل أو مجنون[١] أو معتوه[٢] "[٣]، لكن إطلاق لفظ الحضانة في حق غير الصغير توسع فقط وتغليب، وإلا فهي تسمى كفالة إذ الحضانة مشتقة من الحضن كما تقدم، وذلك لا يتصور في حق الكبير والله أعلم .

ومعنى قوله "حيث لا يستقل" يستغني بنفسه في الأكل والشرب واللباس والنوم وقضاء الحاجة وغير ذلك، على حسب ما يعتاده العقلاء[٤] هذا هو المذهب [٥].

وقال ش: حد الاستغناء[٦] في الصغير أن يبلغ سبع سنين أو ثماني سنين، وإليه أشار م بالله[٧]، والأول أولى لاختلاف حال الأطفال في الذكاء والبلادة، وإنما عدل المؤلف[عليلم][٨] عن قوله في الأزهار "حتى يستغني" إلى آخره[٩]، فقال: "حتى يستقل"[١٠] ليتناول ذلك المجنون والمعتوه اللذين لا يميزان هـ.

قوله عليـــلم " **ثُمَّ أُمَّهَاتِهَا** " أي ثم إذا عدمت الأم أو نحو ذلك [انتقلت] [١١] الحضانة إلى أمهاتها وإن علون على الترتيب، ولا حضانة لغيرهنّ مع وجودهنّ وعدم المسقط لحقهن من الحضانة كما سيأتي.

قيل: ولا خلاف في ذلك، والأقرب أن المراد بالأمهات من يُدْلي بالإناث منهن فقط، دون من تُدْلَى[١٢] بِذَكَرٍ بين أُنْثَيَيْنِ كأم أبي الأم فإنه لاحق لها في الحضانة، كما صرح به بعض الشافعية [١٣]، وهو متجه.

---

1 - في (ب) " محضون" والصحيح ما أثبته.
2 - في (ب) " معتق " والصحيح ما أثبته.
3 - البحر الزخار (٧ / ٤٧٦).
4 - في الأصل العقلا .
5 - البحر الزخار (٧ / ٤٧٧).
6 - صوابه (حيث لا يستقل).تعليق في الحاشية.
7 - المجموع - (١٨ / ٣٢٠) وشرح الأزهار - (٢ / ٥٢٣).
8 - الزيادة من (أ) .
9 - الأزهار - (١ / ٨٥).
10 - صوابه (حيث لا يستقل) "استدراك في الحاشية من (ب)".
11 - في (ب) "انتقل حق" بدل ما بين المعقوفين.
12 - في (أ) "يدلى".
13 - أسنى المطالب في شرح روض الطالب - (٣ / ٤٥٢).

قوله عليه السلام: " **ثُمَّ الْأَبُ الْحُرُّ** "يعني ثم إذا لم يبق من تستحق[1] الحضانة من الأمهات المذكورات لعدمهنّ، أو لعروض مانع فيهنّ انتقل حق الحضانة إلى الأب الحر، سواء كان الولد ذكراً أم أنثى.

وقوله: "الحر" احتراز من العبد فلا حضانة له حتى يعتق، هذا هو المذهب،[2] أعني أن الأب الحر أولى بحضانة ولده من سائر ذوي القرابات بعد الأم وأمهاتها كما تقدم، وهو الأظهر من قولي ش، وعلى قوله الآخر، وهو مذهب ح أن الأب لا يستحق حضانة إلا بعد من له حضانة من النساء، لأنهن أرفق وأشفق، والحضانة بهنّ أليق، وهنّ أهدى إلى التربية، وأصبر على القيام بها [3].

وعند الهادي أن الخالة أقدم من الأب ثم هو بعدها أقدم من غيرها [4]، لقوله صلى الله عليه وآله " الْخَالَةُ أُمٌّ " [5].

قال في الغيث: "الحجة لنا أن سائر القرابات من أم الأب، وأم الجد، إنما يدلون بالأب، والأب يدلي بنفسه، ولأن الأب يجمع [الولاية والولادة] [6]، والخالة لا ولاية لها ولا ولادة، وأما تقدم الأم وأمهاتها على الأب، فلأن ولادتهن محققه، وولادة الأب مجازيّة، وهنّ صالحات للحضانة بأنفسهن، والأب لا يستغني فيها عن النساء، وأما كون الجدات من قبل الأم أولى من الجدات من قبل الأب، وإن كانت ولادتهن محققة أيضا، فلأنهن أقوى منهن في الميراث، لأن الأب يسقط الجدات من قبله، ولا يسقطهن من قبل الأم ،وعند أهل المذهب أن الأم ثم أمهاتها أولى من الأب بحضانة الصبي مطلقاً.

وعند ش أنه لا أولوية[7] لغير المرضعة منهنّ إذا كان الصبي رضيعاً، وإنما تقدم على الأب من يرضع الولد منهنّ [8].

قولــه عليلم: " **ثُمَّ الْخَالَاتُ** "فهن أقدم من سائر القرابات بعد الأمهات والأب [و] [9] هذا

---

1 - في(ب)"يستحق" .
2 - البحر الزخار (٧ / ٤٧٣).
3 - روضة الطالبين- الكتب العلمية - (٦ / ٥١٣) والحاوي الكبير ــ للماوردي - (١١ / ١١٨٦) والاختيار لتعليل المختار - (٤ / ١٤).
4 - شرح الأزهار - (٢ / ٥٢٣) والبيان الشافي (ج٢/٤٠٩).
5 - أخرجه أبو داود في سننه –كتاب الطلاق- بَاب من أَحَقُّ بِالْوَلَدِ -رقم٢٢٧٨ (ج٢/ص٢٨٤) وصححه الألباني في (صحيح أبي داود - (٧ / ٤٧).
6 - في (أ)"الولادة والولاية".
7 - في (أ) "الأولوية".
8 - الغيث المدرار ج٢(خ)والبحر الزخار (٧ / ٤٧٩)و شرح الأزهار(٢ / ٥٢٣)و الحاوي الكبير(١١ / ١١٨٢).
9 - الزيادة من (أ) .

مذهبنا [١].

وعن زيد بن علي، والناصر، والمنتخب، وم بالله، أن الأخت لأبوين، أو لأم أقدم من الخالة، لأنها بنت الأم [٢]، وعند ش أن أم الأب أولى من الخالة كأم الأم [٣].

واحتج أهل المذهب بما أخرجه أبو داود عن عَلِيٍّ عليـــلم[٤] قال: خَرَجَ زَيْدُ بن حَارِثَةَ[٥] فَقَدِمَ بِابْنَةِ حَمْزَةَ [٦]فقال جَعْفَرٌ أنا آخُذُهَا أنا أَحَقُّ بها [هي] [٧] ابْنَةُ عَمِّي وَعِنْدِي خَالَتُهَا وَإِنَّمَا الْخَالَةُ أُمٌّ فقال عَلِيٌّ أنا أَحَقُّ بها [هي] [٨]ابْنَةُ عَمِّي وَعِنْدِي ابْنَةُ رسول اللَّهِ صلى الله عليه وآله[٩] فهي[١٠] أَحَقُّ بها ، وقال[١١]زَيْدٌ أنا أَحَقُّ بها [هي ابنة أخي][١٢]وإنما خَرَجْتُ إِلَيْهَا وَسَافَرْتُ وَقَدِمْتُ بها[١٣]فقضى بها رسول الله صلى الله عليه وآله لجعفر، وقال: الْخَالَةُ أُمٌّ "[١٤] انتهى، فلم يقض بها رسول الله صلى الله عليه وآله لفاطمة[١٥]، وهي ابنة عمّها ولا

---

1 -شرح الأزهار - (٢ / ٥٢٣) .
2 - شرح الأزهار - (٢ / ٥٢٤) .
3 - الأم - دار الفكر - (٥ / ١٠٠) .
4 - في أبي داود "رضي الله عنه" .
5 - هو زيد بن حارثة بن شراحيل بن عبد العزى مولى النبي صلى الله عليه و سلم ويقال أنه من كلب من اليمن قتل في عهد النبي صلى الله عليه و سلم كان يدعى بزيد بن محمد حتى نزل ادعوهم لآبائهم . التاريخ الكبير - (٣ / ٣٧٩).بتصرف.
6 - ابنة حمزة بن عبد المطلب قيل اسمها أمامة وقيل أمة الله وقيل أم الفضل وقيل غير ذلك وهي صحابية . تقريب التهذيب لابن حجر العسقلاني- دار الرشيد بحلب ط١/ ١٤٠٦هــ(٢ / ٧٦٠).
7 -زيادة من المصنف ولا توجد في متن الحديث .
8 -زيادة من المصنف ولا توجد في متن الحديث .
9 - في أبي داود "وسلم" بدل "وآله" .
10 -في متن الحديث "وهي" .
11 -في متن الحديث "فقال" .
12 -زيادة من المصنف ولا توجد في متن الحديث .
13 -الذي يظهر أن المصنف رحمه الله روى الحديث بالمعنى وهذا دأبه في الأغلب، فلذا يوجد نقص في متن الحديث وتكملته "فَخَرَجَ النبي r فذكر حَدِيثًا قال وَأَمَّا الْجَارِيَةُ فَأَقْضِي بها لِجَعْفَرٍ تَكُونُ مع خَالَتِهَا وَإِنَّمَا الْخَالَةُ أُمٌّ ".
14 - أخرجه أبو داود في سننه –كتاب الطلاق- بَاب من أَحَقُّ بِالْوَلَدِ. -رقم٢٢٧٨ (ج٢/ص٢٨٤)وقد تقدم تخريجه آنفاً.
15 - هي فاطمة بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم ،سيدة نساء العالمين في زمانها البضعة النبوية والجهة المصطفوية ، مولدها قبل المبعث بقليل، تزوجها الإمام علي بن أبي طالب رضي الله عنه في ذي القعدة أو قبيله من سنة اثنتين بعد وقعة بدر،وروت عن أبيها، وروى عنها ابنها الحسين وعائشة وأم سلمة وأنس بن مالك وغيرهم ورواياتها في الكتب الستة ، كان النبي صلى الله عليه وسلم يحبها ويكرمها ويسر إليها ومناقبها غزيرة وكانت صابرة دينة خيرة صينة قانعة شاكرة لله وقد غضب لها النبي صلى الله عليه وسلم لما بلغه أن أبا الحسن هم بما رآه سائغا من خطبة بنت أبي جهل فقال والله لا تجتمع بنت نبي الله وبنت عدو الله وإنما فاطمة بضعة مني يريبني ما رابها ويؤذيني ما آذاها فترك علي الخطبة رعاية لها فما تزوج عليها ولا تسرى فلما توفيت تزوج وتسرى رضي الله عنهما،
ولما توفي النبي صلى الله عليه وسلم حزنت عليه وبكته وقالت يا أبتاه إلى جبريل ننعاه يا أبتاه أجاب ربا دعاه يا أبتاه جنة الفردوس مأواه ،وقد قال لها في مرضه إني مقبوض في مرضي هذا فبكت وأخبرها أنها أول أهله لحوقا به وأنها سيدة نساء هذه الأمة فضحكت، توفيت بعد النبي صلى الله عليه وسلم بخمسة أشهر أو نحوها وعاشت أربعا أو خمسا وعشرين سنة وأكثر . سير أعلام النبلاء(ج٢/ص١١٨).

لعمتها صفية بنت عبد المطلب[1]، وهي يومئذ بالمدينة، بل قضى بها لخالتها، فدل ذلك على أنها أقدم ودل قوله [ص~] [2]"الخالة أم" على أنها أقدم من [الأخت ومن أم الأب] [3].

قوله عليــلم:" **ثُمَّ أُمَّهَاتِه** "أي ثم بعد من تقدم ذِكره أمهات الأب وإن علون على الترتيب، فهن أقدم من بقية ذوي القرابات سواء من تقدم ذكره، والحجة على ذلك أن الحضانة إذا حَصَّلت للأب وجب أن تنتقل بعده إلى أمهاته، كما أنها لمّا حَصلت للأم انتقلت بعدها إلى أمهاتها، وكان القياس أن أم الأب أقدم من الخالة [لولا][4] قوله[5] صلى الله عليه وآله "الخالة أم"[6].

قوله عليلم: " **ثُمَّ أُمَّهَاتُ أبيها** "أي أمهات أبي الأم، وظاهر مذهب ش أنه لا حضانة لهن[7] كما مرّ، ومثله عن الإمام ح. [8]قلنا: هنّ يدلين بالأم كأمهاتها.

قوله عليلم: " **ثُمَّ الْأَخَوَاتُ** [9]"فهنّ[10] أقدم ممن بعدهن، و لا خلاف في أنهنّ[/11] أقدم من العمات.

قوله عليه السَّلام: " **ثُمَّ بَنَاتُ الْخَالَاتِ** "لإدلائهن بالأم.

قوله عليــلم: " **ثُمَّ الْأَخَوَاتِ ثُمَّ الْإِخْوَةِ** " أي ثم بنات الأخوات ثم بنات الإخوة، وإنما لم يعد لفظ بنات للاختصار، مع ظهور المراد، وإنما قدمن على العمات ومن بعدهن للقرب، وإنما قدمت بنات الخوات على بنات الإخوة لرقة الإناث وشفقتهن في الأغلب، فكذا من يدلي بهنّ.

قوله عليه السّلام: " **ثُمَّ الْعَمَّاتُ ثُمَّ بَنَاتُ الأعمام، ثُمَّ عَمَّاتُ الْأَبِ ، ثُمَّ بَنَاتُهُنَّ ، ثُمَّ بَنَاتُ أَعْمَامِ الْأَبِ** "والوجه في هذا الترتيب ظاهر، وهو اعتبار القرب، وهذا منتهى الدرَج في باب

---

1 -هي صفية عمة رسول الله صلى الله عليه وسلم بنت عبد المطلب الهاشمية وهي شقيقة حمزة وأم حواري النبي صلى الله عليه وسلم الزبير وأمها من بني زهرة ، ما أسلم من عمات النبي صلى الله عليه وسلم سواها ، من المهاجرات الأول،كانت يوم الخندق في حصن حسان بن ثابت فمر بالحصن يهودي فجعل يطيف بالحصن والمسلمون في نحور عدوهم فنزلت وقتلت اليهودي بعمود ، توفيت صفية في سنة عشرين ودفنت بالبقيع ولها بضع وسبعون سنة(سير أعلام النبلاء (ج٢/ص٢٦٩).

2 - الزيادة من (ب) .

3 - في(أ) "من الأب ومن الأخت".

4 - الزيادة من (ب) .

5 - في (أ) "لقوله".

6 -تقدم تخريجه آنفاً .

7 - المجموع - (١٨ / ٣٢٨).

8 - البحر الزخار (٧ / ٤٧٩) .

9 - في (أ) "ثم بنات الخالات" وهو تحريف .

10 - في (أ)"أي" .

11 - نهاية ورقة من١٥٢(ب) .

الحضانة من النساء[١] والوجه في تقديمهنّ على الرجال تقديم النبي صلى الله عليه وآله الأم على الأب فقيس على ذلك والله أعلم .

قوله عليه السلام:" **وَيُقَدَّمُ ذُو**[٢] **السَّبَبَيْنِ ثُمَّ ذُو**[٣] **الْأُمِّ** "أي يقدم من يدلي بسببين إلى المولود على من يدلي بسبب واحد من جميع الأصناف المذكورة، فالخالة لأبوين أولى من الخالة لأب، أو لأم، وكذلك الكلام في الأخوات والعمات وبنات الأعمام، ومن يدلي بهنّ، وحيث لم يكن إلا سببٌ واحد، فالتي يدلي بالأم نحو الأخت لأم، أولى من التي تدلي بالأب، كالأخت[/٤] لأب، وقس على ذلك والوجه ما تقدم.

وعند ش أن الأخت لأب أولى من الأخت لأم[٥].

نعـــــم وإذا كان للصبي أختان أو نحوهما، مستويتان في استحقاق الحضانة كانت حضانتهما بالمهاياه، ذكر معنى ذلك في الغيث ونحوه في البحر [٦].

وقال الإمام ح: إذا تساوى أهل درجة، فالقرعة [٧].

قال في البحر: "القرعة غير معمول بها عندنا. [٨]

ولو قيل: يعين الحاكم من رآه لما في المناوبة من إيحاش الصبي، واختلاف غذائه، والأضرار به لم تبعد، كما ذكر الإمام [ح] [٩] ذلك في ملتقطي اللقيط والله أعلم هـــ.

قـــوله عليلم: "**وَتَنْتَقِلُ بِفِسْقٍ ومنفر وتزوج، المذهب**[١٠] **إلا برحمة** "أي وتنتقل الحضانة [من كل] [١١]ممن تقدم ذكره إلى من يليه على الترتيب المتقدم، بأحد ثلاثة أمور:

أولها: الفسق، فإذا فسَقت الحاضنة، سقط حقها من الحضانة عند أهل المذهب[١٢] [إذ لا أمانة لفاسق، ولا فرق عندهم بين فسق وفسق، ولا بين أن يبلغ الصغير حداً يلتقط فيه الكلام أولى، وقيل: إنما يبطل حق الحضانة الفسق بالزنا فقط [١٣].

---

1 - في الأصل النسا .
2 - في (أ)"ذوا".
3 - في (أ)"ذوا".
4 - نهاية ورقة من١٤٦(أ) .
5 - المجموع - (١٨ / ٢١١).
6 - الغيث المدرار ج٢(خ) و البحر الزخار (٧ / ٤٨٢) .
7 -البحر الزخار (٧ / ٤٨٧) .
8 -المرجع السابق.
9 - الزيادة من (أ).
10 - في المخطوط (هب) .
11 - الزيادة من (أ) .
12 - البحر الزخار (٧ / ٤٦٩) وشرح الأزهار - (٢ / ٥٢٥)والبيان الشافي (٤١٢/٢).
13 - البيان الشافي (٤١٢/٢).

قيل: حيث يبلغ الطفل حداً يلتقط فيه الكلام، ويتخلق بأخلاق الحاضنة لا إذا كان في المهد.

وعن الناصر: ينتزع الولد من غير العفيفة ذكراً كان أو أنثى، إذا أتى له ست سنين [١].

تنبيـــــهٌ: وهل تعتبر العدالة المحققة عند الحاكم ويكتفي بظاهر العدالة، فيه وجوه ثلاثة، المختار والتفصيل إن وقع التنازع بعد تسليم الحاضنة للصبي، كان القول قولها في الأهلية، وعلى منازعها البينة بعدمها، وإن وقع التنازع قبل تسليمها له لم يسلم إليها إلا بعد ثبوت أهليتها هـــ.

وحذف المؤلف لفظ "النشوز" لدخوله في الفسق، فإذا نشزت الأم أو غيرها من الحواضن، سقط حقها من الحضانة] [٢] والمراد بهذا حيث الزوج ذو رحم للولد كما هو المذهب، إذ لو لم يكن كذلك كان حقها ساقطاً بالزواج، وإن لم يقع نشوز كما لا يخفى، ويعرف مما ذكر أنه لا حق للكافرة في حضانة الطفل المسلم بطريق الأولى، وأما استرضاعها له فلا يجوز لنجاسة لبنها عندنا،[٣] خلافاً لمن يقول بطهارته.

قيل: وأما المسلمة فتستحق حضانة ذي[٤] قرابتها الكافر بكفر أحد أبويه إذ الإسلام يعلو ولا يعلى[٥] والله أعلم.

وأما المنفر فنحو الجنون، والجذام، والبرص ونحوها، فيسقط به حق الحضانة، سواء كان الصبي يرضع منها أم لا، أما المجنونة فللخشية منها، وعدم صلاحيتها للحفظ والتربية، وأما المجذومة ونحوها، فلنحو حديث البخاري" فِرَّ من الْمَجْذُومِ فرارك من الْأَسَدِ"[٦] وحديث الصحيحين " لا يورد ممرض على مصح "[٧] وإذ لا مانع من أن يكون مخالطتها [سبباً] [٨] لخلق الله[تعالى] [٩] المجذوم عندها فيمن يخالطها، وإن كانت الأمراض لا تعدي بطبعها كما هو العقيدة الصحيحة، التي دل عليها حديث الصحيحين "لا عدوى ولا

---

1 -الغيث المدرار ج٢(خ) والبيان الشافي (٤١٢/٢)بنحوه.

2 - سقط من (أ) .

3 - البيان الشافي (٤١١/٢).

4 - في (أ)ذوي .

5 - البيان الشافي (٤١٢/٢)بنحوه.

6 - أخرجه البخاري في صحيحه - كِتَاب الطِّبِّ - بَاب الْجُذَامِ -رقم٥٣٨٠ بلفظ" فِرَّ من الْمَجْذُومِ كما تَفِرُّ من الْأَسَدِ ".واللفظ المثبت ورد في روايات أخر (ج٥/ص٢١٥٨).

7 - أخرجه البخاري في صحيحه - كِتَاب الطِّبِّ - بَاب لَا هَامَةَ ولا صفر -رقم٥٤٣٧ بلفظ" لَا يُورِدَنَّ مُمْرِضٌ على مُصِحٍّ "(ج٥/ص٢١٧٧). وصحيح مسلم- كِتَاب السَّلَامِ - بَاب لَا عَدْوَى ولا طِيَرَةَ و...–رقم ٢٢٢١ (ج٤/ص١٧٤٣).

8 - الزيادة من (ب) .

9 - الزيادة من (ب) .

طيرة "[١] فإنه لبيان العقيدة، والحديثان الأولان ونحوهما، لصيانة العقيدة من أن يحصل شيء من ذلك، بخلق الله سبحانه عند المخالطة، فيوهم أنه بسبب طبع المرض وتأثيره دون خلق الله تعالى، كما كانت أهل الجاهلية تعتقده وفي كون العمى مسقطاً لحق الحضانة وجهان:

قيل: أصحهما السقوط لضعف الحفظ والتربية معه، وكذا[٢] ما أشبهه [٣]والله أعلم.

وأما التزوج فلا خلاف في أنه مبطل لحق الحضانة في الجملة لقوله صلى الله عليه وآله "ما لم تنكحي"[٤] وقد تقدم.

قال أهل المذهب: إلا حيث تزوجت الحاضنة بذي رحم للمحضون، فإنه لا يسقط بذلك حقها من الحضانة، لأنها إذا تزوجت بذي رحم [محرم] [٥] للصبي، أوجب ذلك زيادة الاستئناس[٦] والقربة[٧] [٨]، وظاهر مذهب ش عدم الفرق بين أن يكون ذو[٩]الرحم محرماً، أو[١٠] غير محرم في أن زواجة الحاضنة به لا يبطل حق حضانتها[١١] .

قال في شرح الإرشاد[١٢]: " وإن نكحت من له حق الحضانة في الجملة، وإن لم يستحقها الأب[١٣]لم يبطل حقها، فلو تزوجت الأم عم الطفل أو ابن عمه، قدمت على الأب لأن لذي الحضانة شفقة تحمله على رعاية الطفل، فيتعاونان على حضانته بخلاف الأجنبي، فهذا استنباط [معنى] [١٤] يقيد إطلاق مفهوم قوله صلى الله عليه وآله "ما لم تنكحي"[١٥] إلى آخر ما ذكره عليه السلام.

---

1 - أخرجه البخاري في صحيحه - كتَاب الطِّبِّ -بَاب الطِّيَرَة رقم٥٤٢١ (ج٥/ص٢١٧١). وصحيح مسلم - كِتَاب السَّلَامِ -بَاب لَا عَدْوَى ولا طِيَرَةَ و...... -رقم٢٢٢٠ (ج٤/ص١٧٤٣).

2 - في (أ)"كذلك" .

3 - الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية لجلال الدين عبد الرحمن السيوطي٩١١ هـ- دار الكتب العلمية بيروت – لبنان- (١ / ٤٠٢).

4 - سبق تخريجه صـ٣٤٤ .

5 - الزيادة من (أ).

6 - في المخطوط "الاستيناس".

7 - في (أ)"القرب".

8 - شرح الأزهار - (٢ / ٥٢٥) .

9 - في (أ)"ذوا".

10 - في (ب)"أم" .

11 - في (ب)"حضانها" والمرجع "روضة الطالبين - (٩ / ١٠١).

12 - شرح الإرشاد(١٨٨/٢).

13 - في (ب)"الأن" .

14 - الزيادة من(أ) .

15 - سبق تخريجه صـ٣٤٤.

وأما المؤلف أيده الله[1] فاستضعف كلام أهل المذهب، واختار سقوط حق المرأة من الحضانة بالنكاح مطلقاً، سواء تزوجت بذي رحم أم بأجنبي، لظاهر الحديث ومثله عن أبي جعفر، ورواه في البحر عن ش إذ لم يفصل الخبر [2].

وقال المؤلف عليه السلام: ما حاصله" وقول أهل المذهب أن[3] فصل القياس على الأب غير سديد، إذ لم يحصل فيه شروط القياس المعتبرة، ولظهور الفرق[4] أيضاً، ففي إطلاق عبارة التذكرة والأزهار[5] نظر على المذهب أيضا، إذ ظاهرها عدم الفرق في ذلك، بين ذي الرحم وغير المحرَّم،وليس كذلك، وعن[٦/] [7]الأستاذ[8]أن ذلك حيث لا أب للصبي، وأما مع وجوده فهو أولى من الأم وإن تزوجت بذي رحم للصبي، وحمل بعضهم كلام أهل المذهب على ذلك والله أعلم [9].

وعن الحسن البصري أن حق الحضانة لا يسقط بالنكاح مطلقاً[10]، وما تقدم من أن الحضانة تنتقل من كل إلى من يليه هو المختار للمذهب، وقال م بالله: أن الأم إذا تزوجت بطل حق أمهاتها من الحضانة، تبعاً لبطلان حقها فتنتقل حينئذ إلى الأب، ورد بلزوم بطلان حق الخالات [11].

قوله عليلم:" **وتَعُود بارتفاعها المذهب غَالِبًا** "أي وتعود الحضانة بارتفاع الفسق والمنفر، والنكاح المذكورات، ذكر ذلك م بالله.

أما الفسوق والمنفر، فالهادوية لا يخالفونه في عود حق الحضانة بارتفاعها،[12] وكذلك إذا زال الرق لزوال المانع.

وأما النكاح فالمذهب أن الحضانة لا تعود بارتفاعه مطلقاً [13]، وهو قول ك: لقوله صلى الله عليه وآله "ما لم تنكحي"[14]

---

1 - في (أ)"عليلم" .
2 - البحر الزخار (٧ / ٤٧١)و الحاوي الكبير للما وردى - (١١ / ١١٥٣).
3 - في (أ، ب)"أنه" والصواب "أن"لاستقامة العبارة.
4 - في (أ)زيادة "و" .
5 -التذكرة الفاخرة (ص ٣١٣) والأزهار - (١ / ٨٥).
6 - نهاية ورقة ١٥٣من(ب) .
7 - في (ب) "وعن"كررت مرتين .
8 -هو إسماعيل بن علي بن أحمد البستي أبو القاسم الأستاذ .وقد سبقت ترجمته .
9 - حاشية شرح الأزهار - (٢ / ٥٢٥).
10 - الحاوي الكبير ـ للما وردى - (١١ / ١١٦١).
11 - البيان الشافي (٤١١/٢).
12 - شرح الأزهار - (٢ / ٥٢٦) .
13 -شرح الأزهار - (٢ / ٥٢٦).
14 - سبق تخريجه صـــــ٣٤٤ .

وأطلق وكسقوط القود [١].

وعند م بالله وح بل تعود بنفس الطلاق البابن، أو مضى عدة الرجعي، ومثله عن زيد بن[٢] علي والناصر [٣].

قال في البحر: " قلت وهو قوي لزوال العارض المانع"[٤]وفي قوله صلى الله عليه وآله "ما لم تنكحي"[٥] تنبيهٌ على أن المانع اشتغالها بالزوج، وقواه المؤلف أيضا، ولذلك أشار إلى ضعف كلام أهل المذهب كعادته، وعند ش أنّها تعود ولو في عدة الرجعي، لتحريم الوطء في عدة الرجعي عنده كعدة البابن [٦].

قوله عليلم " **ثم الْأَقْرَبُ الْأَقْرَبُ مِنْ الْعَصَبَةِ الْمَحَارِمِ** " أي ثم إذا عدمت النساء اللواتي هنّ أحق بالحضانة، انتقلت إلى الأقرب من العصبة المحارم، فالجد أبو[٧] الأب أولى من الإخوة، [والأخوة أولى من الأعمام، وذوا السببين من الأخوة] [٨]، والأعمام أولى من ذي السبب الواحد، ثم ذو[٩] الأم أولى من ذي الأب [١٠]، وقيل: العكس للتعصيب [١١].

قوله عليه السلام: " **ثُمَّ مِنْ ذَوِي الرَّحِمِ الْمَحَارِمِ** " يعني ثم إذا عدمت العصبة المحارم، انتقلت الحضانة إلى ذوي[١٢] الرحم المحارم، فالأخ لأم أولى من الجد أبي الأم، والجد أولى من الخال، والخال لأبوين أولى من الخال لأب أو لأم، وفي تقديم ذي الأم على ذي الأب احتمالان، فحصل مما ذكر أن الأقرب من العصبة المحارم أولى بالذكر، والأنثى من ذوي الأرحام المحارم، وهم أولى بالذكر، والأنثى من العصبة غير المحارم.

وقال بعض الشافعية: لا حق في الحضانة لغير الأب وأبيه [١٣]، كما في المال [١٤]، ورد بما تقدم من تنازع

---

1 - **شرح مختصر خليل للخرشي - (١٤ / ١٨٨) .**
2 - **في المخطوط" ابن" .**
3 - **البيان الشافي (٤١١/٢)والبحر الرائق - (٤ / ١٨٣).**
4 - **البحر الزخار (٧ / ٤٦٩).**
5 - **سبق تخريجه صـ ٣٤٤ .**
6 - **المجموع - (١٨ / ٣٢١).**
7 - **في (أ)"أب".**
8 - **الزيادة من (أ) .**
9 - **في (أ)"ذوا".**
10 - **البحر الزخار (٧ / ٤٧٩)وشرح الأزهار - (٢ / ٥٢٤) .**
11 - **البيان لابن مظفر (٤٠٩) .**
12 - **في (أ)"ذي".**
13 - **نهاية ورقة ١٤٧من (أ) .**
14 - **المهذب - (٢ / ١٧٠).**

[عليّ وجعفر] [1] في بنت حمزة [عليهم السلام] [2]ولم ينكره صلى الله عليه وآله، ثم أن الحضانة مبنية على الحنو، وهو حاصل فيمن عداهما ممن ذكر.

قوله عليـــلم: " **ثُمَّ بِالذَّكَرِ [عَصَبَةً]** [3]**غَيْرِ مَحْرَمٍ** " يعني ثم بعد عدم المحارم من العصبات، وذوي الأرحام يكون الأولى بالطفل الذكر الأقرب من عصبته غير المحارم، لأن رجاهم لمنفعته أكثر من ذوي أرحامه، فهم به أشفق ثم ذوي الأرحام، غير المحارم على الترتيب، كما أشار إليه بقوله كذلك، وأما الأنثى فلا ولاية[4]لأيهم عليها، بل هم وسائر المسلمين في ذلك على سواء[5] فينصب الإمام أو الحاكم من يكفلها من الثقات .

قوله عليه السلام " **ثُمَّ بِالوِلاية** " أي ثم إذا عدم جميع من تقدم ذكره كان أمر حضانة الذكر والأنثى إلى ذي الولاية العامة، فيقيم الإمام أو الحاكم من يحضنهما، وهذه من الزوايد.

فـــــرع: ولا يرجع الحاضن بما أنفق من غير إذن ولي المال، إذ لا ولاية له على المال هــ.

---

1 - **في (أ)"جعفر وعلي".**

2 - **الزيادة من (أ).**

3 - **الزيادة من (أ).**

4 - **في (ب) زيادة " لها " وهي غير مستقيمة.**

5 - **في الأصل "سو~ا " .**

"فَصْــــــلٌ"

ولذي الحضانة الِامْتِنَاعُ إنْ أغنى غَيْرَه" يعني أنه يجوز لمستحق الحضانة أن يمتنع منها إذا أغنى [عنه][1] غيره لأن الحضانة حينئذ حق له، وله إسقاط حقه، فيجوز للأم أن تمتنع من إرضاع ولدها إذا كانت لا تخشى عليه التلف، أو الضرر وقبل غيرها، فإن[2] لم يقبل غيرها، وخشي عليه التلف، أو الضرر صارت الحضانة حقاً للطفل، فتجبر على إرضاعه وحضانته إجماعاً وكذلك من بعدها حيث يتعين عليه، وإنما عدل عن عبارة الأزهار[3] لإفادة العموم.

قوله عليه السلام: "**الْأُجْرَة غَالِبًا** " أي وتستحق الحاضنة أجرة الحضانة إن طلبتها.

وقوله "غالباً" احتراز من أيام اللبَا، وهي ثلاثة أيام عقيب الولادة فلا تستحق الأم فيها أجرةً، لأنه يجب عليها إرضاع المولود في هذه الأيام، إذ لا يعيش من دونها في الأغلب.

واحترز أيضاً مما إذا تبرعت الحاضنة بإرضاعه وتربيته من دون أمر وليه مع حضوره وعدم امتناعه، وأما حيث غاب أو امتنع، وفعلت ذلك بنية الرجوع كان لها ذلك، وكذا ما أنفقت عليه، وفي اعتبار الحاكم خلاف سيأتي.

وقد اختلف في استحقاق الزوجة لأجرة حضانة ولدها لغير أيام اللبا مع بقاء الزوجية بينها وبين أبيه، وكذا في عدة الرجعي فظاهر المذهب[صحة][4] استحقاقها لذلك، وهو قول ش [5]، ويصح استئجارها على الحضانة وغيرها.

وقال ح: لا يجوز ذلك ما دامت الزوجية باقية بينهما، ومثله في الوافي [6].

قال ض زيد: أنه ذلك من قول يحيى عليلم: وجه الجواز ظاهر قوله تعالى **(** فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ **)**[7] ولم يفصل [8].

ووجه المنع أن ذلك يؤدي إلى أن تستحق الزوجة نفقتين واجبتين إحداهما نفقة الاستمتاع، والأخرى نفقة الحضانة، ولا خلاف في جواز ذلك بعد الطلاق البابن،

---

1 - الزيادة من (ب).
2 - في (أ)"وإن".
3 - الأزهار - (١ / ٨٥).
4 - الزيادة من (ب).
5 - شرح الأزهار - (٢ / ٥٢٧) .
6 - رد المحتار - (١٣ / ٢١٩) .و الوافي في مذهب الهادي (خ). وشرح الأزهار - (٢ / ٥٢٨).
7- سورة الطلاق آية (٦).
8 - شرح الأزهار - (٢ / ٥٢٨).

كذا قيل[١].

ولعل ذلك بعد انقضاء العدة، لئلا يلزم استحقاقها لنفقتين كما تقدم، وقد جرت عادة حكام جهاتنا، بعدم إيجاب أجرة الحضانة مع نفقة العدة، والوجه ما ذكر والله أعلم.

واختلف في حكم المتبرعة، فالمذهب أنها لا تستحق عوض ما أنفقته كما تقدم، قيل: ولا الأجرة.

وقيل ح: أما أجرة الحضانة فالأولى أن لها الرجوع بها إذا فعلت ذلك بنية الرجوع، لأن ولايتها على الحضانة متقدمة على ولاية الأب والحاكم [٢]، ورد بالقياس على سائر المتبرعين، وبأن للأب أن يقول كنت أحد من يحصنه بغير أجرة.

قــوله عليه السلام: " **وللولي نَقْلُهُ إلى مِثْل تَرْبِيَةً بِدُونِ مَا طَلَب** " أي ويجوز لولي الطفل نقله سواء[٣] كان الأب أم غيره إلى مثل الحاضنة في التربية، سواء كانت الأم أو[٤] غيرها، وإنما يجوز ذلك بشرطين:

الأول: أن تكون المنقول إليها مساويةً للمنقول[٥/] عنها في التربية للطفل، تفعل مثل فعلها في القيام به حسب ما يحتاج إليه، وإن لم يكن مثلها في الحنّو عليه هــ.

الشرط الثاني: أن يحصل ذلك بدون ما طلبت التي هي أولى من أجرة الحضانة، فإذا كان الولي يجد من يحضن الصبي بغير أجرة، أو بدون ما طلبت الأم من الأجرة، كان له نقله عنها إلى مثلها تربية كما تقدم على المذهب،[٦] وهو أحد قولي ش، وعلى قوله الآخر: الأم أولى بتربيته بأجرة المثل من غيرها بغير أجرة [٧]، فإن فقد أحد الشرطين المذكورين لم يكن له ذلك، وإنما حذف المؤلف عليلم قوله في الأزهار:" إِلَّا فَلَا "[٨] لاستفادة ذلك من المفهوم، وحذف أيضاً قوله:" وَالْبَيِّنَةُ "[٩] للعلم بذلك من الضابط المتقدم ومن باب الدعاوى كما سيأتي [إن شاء الله تعالى] [١٠]إذ هو مُدع[١١] لسقوط حق الإمام والأصل ثبوته .

---

1 - حاشية المنتزع المختار من الغيث المدرار المعروف بشرح الأزهار - (١١ / ٣٢٤) .
2 -شرح الأزهار - (٢ / ٥٢٧)و اللباب في شرح الكتاب لعبد الغني الغنيمي الدمشقي الميداني - دار الكتاب العربي-تحقيق- محمود أمين النواوي - (١ / ٢٩٥) .بنحوه ورد المحتار - (١٣ / ٢١٧).
3 - في الأصل سوا .
4 - في (أ)"أم" .
5 - نهاية ورقة ١٥٤ من(ب).
6 - شرح الأزهار - (٢ / ٥٢٨) .
7 -إعانة الطالبين (ج٤/ص١٠٠). والتنبيه (ج١/ص٢١٠).
8 - الأزهار - (١ / ٨٥).
9 - المرجع السابق.
10 - الزيادة من (أ) .
11 - في (أ)"مدعي".

قوله عليلم:" **وَلَيْسَ لزوْجِ مَنْعُ حَيْثُ لَا أَوْلَى** "أي ليس لزوج المرأة أن يمنعها من حضانة الطفل الذي لها حضانته، حيث لا توجد من هي أولى منها بحضانته، وأما إذا كان له من هي أولى من زوجته بذلك فله المنع.

قال في الغيث[١]: "فإن امتنعت يعني التي هي أولى هل يجبرها الحاكم أو يجبر الأم، ينظر[٢]الأقرب إن التي لها الحق أولى بالإجبار لأن إسقاطها[٣] حقها لا يسقط به حق الصبي، وإذا لم يكن ثمة حاضنة أولى من الأم فلها، أو تحضنه بنفسها أو تستأجر من تحضنه، والأجرة من الزوج، أو منها حسب ما تراضيا عليه، فإن استأجر عن نفسه لا بأمر منها، كان العقد فاسداً لعدم الولاية، وإن استأجر عن نفسه بإذن الأم، أو كانت الأم هي المستأجرة بوكالته فالأجرة عليه، وإن استأجرت الأم عن نفسها أو[٤] استأجر هو بوكالتها، كانت عليها وإن امتنعت من أن يحضنه غيرها، فلها ذلك، وإن امتنع الزوج من وقوف الطفل في بيته بالأجرة، فلها أن تخرج إلى حيث الطفل لتعهده، ولو كره الزوج، ذكر ذلك ع هـ.

الحجة على ما فعله الرسول صلى الله عليه وآله هو وأم سلمة لأنه لما تزوجها أقام من يكفل ولدها بإذنها هـ[٥].

الحجة على أن الأجرة عليه في تلك الوجوه.

قال ابن أبي الفوارس: لأنه متى منعها من حقها الذي لو قامت به لم تلزمها غرامة، لزمه ما لحقها من ذلك" انتهى هـ[٦].

وحديث أم سلمة المذكور حكاه في الشفا [٧]، وحكم غير الأم من الحواضن كحكمها فيما ذكر هـ.

فائدة: ذكر الداوري في تعليقه على اللمع في تقدير أجرة الحضانة، ما لفظه " إذا كانت الحاضنة ترضع الصغير، وتقوم بجميع أحوال التربية، فقيل: أنها مقدرة بنفقة الحاضنة ومونتها وكسوتها[٨]،

---

1 - الغيث المدرار ج٢(خ).
2 - في (أ) زيادة "و" .
3 - في (أ)"اسقاطهما" .
4 - في (أ)"و" .
5 -أخرجه الحاكم في المستدرك - تسمية أزواج رسول الله r –ذكر أم المؤمنين أم سلمة بنت أبي أمية رضي الله عنها.- رقم٦٧٥٩ و قال هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه (٤ / ١٨).
6 - الغيث المدرار ج٢(خ).
7 - شفاء الأوام - (٢ / ٣٢٧) .
8 - نهاية ورقة ١٤٨ من (أ).

تعلقاً بقوله تعالى(﴿عَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾)[١] ذكر ذلك الشيخ عطية وغيره، والأولى أن تقدير ما يجب في ذلك إلى رأي الحاكم، ويحسن[٢] التقدير بقدر قيمة النفقة والمؤنة والكسوة في حق غير الأم، فأمّا الأم فالذي يستحسنه النصف من ذلك، قال: لأن الذي يحصل لها من التلذذ بمباشرة ولدها وتربيته يقابل نصف الأجرة، وينزل منزلة بعضها وإذا كانت الحاضنة غير الأم قدر بما ذكرنا، وقد يزاد على ذلك، وينقص بحسب رأي الحاكم، ويقع التفاوت في الزيادة والنقصان بحسب كثرة الحنو والشفقة ونقصان ذلك، والأجود الرجوع إلى رأي الحاكم، لأن الأحوال والأوقات والأسعار تختلف، وكذلك الأشخاص، فإن كانت الحاضنة لا ترضع، أو كانت الحضانة بعد مدة الإرضاع، فأجرة الحضانة ما يراه الحاكم في ذلك بغير لبس، ونحن نستحسن الربع، لما يحتاج إليه من نفقة ومؤنة وكسوة انتهى هـ[٣].

قوله عليلم " **وعَلَى الْحَاضِنِ الْقِيَامُ بِمَا يُصْلِحُهُ لَا الْأَعْيَانُ** "يعني أن الذي يجب على الحاضن إنما هو معاهدة الصبي بما يصلحه، ويحتاج إليه من غسل ودهن بفتح الدال وتطييب، وافتقاد وإطعام وسقي وأمر منام ويقظة وحفظ وإرضاع، إن كان رضيعاً، لا الأعيان التي هي النفقة والادام والدهن، بضم الدال والطيب والكسوة ونحوها، وإنما هي على من يلزمه نفقته.

قوله عليه السلام: " **والرَّضَاعُ يَتْبَع لَا الْعَكْسُ** "يعني أن عقد الإجارة لأجل الحضانة، إنما يتناول خدمة الطفل، والقيام بما يصلحه كما تقدم، وأما الرضاع فإنما [يدخل تبعاً لذلك لأنه حق، ولا يصح أن يعقد الإجارة على الرضاع، وتدخل الخدمة تبعاً، لأن ذلك] [٤]يؤدي إلى بيع اللبن في الثدي، وهو لا يصح كما لا يصح إجارة البقرة، ونحوها للبن، إذ هو كاستئجار[٥] الشجر[٦] للثمر، والوجه في عدم الصحة في الجميع واحد، وهو كونه بيع أعيان[٧] معدومة.

قوله عليلم: " **وَيَضْمَنُ لتفريط**[٨] **ما لا تحمله العاقلة** " أي ويضمن الحاضن للطفل حيث هلك بتفريطه ما لا يجب على العاقلة، فإذا كانت الحاضنة هي الأم وبعثت بولدها قبل

---

1 - البقرة:٢٣٣.
2 - في (ب) " يستحسن".
3 - التعليق على اللمع (خ) .
4 - الزيادة من (أ).
5 - في المخطوط " كاستيجار ".
6 - في المخطوط "السحر".
7 - في (أ) "لأعيان".
8 - في (أ) "لتفريطه".

أن ترضعه اللبا، وهي عالمة أنه يموت بذلك، فمات كانت ديته في مالها، وأما إذا كانت غير عالمة بأنه[١] يموت بذلك فديته على عاقلتها، ثم إن كان الذي حمله عالماً بأنها لم ترضعه [اللبا] [٢] وأنه يموت بذلك، قتل به إذ هو مباشر، وإن كان جاهلاً لذلك كانت الدية على عاقلته، ويتعدد[٣] الضمان على الأم والحامل، إذ هما قاتلان، فإن[٤] وضع الحاضن طعاماً أو شراباً مسموماً، فتناوله الصبي فمات منه، فإن ديته تكون على العاقلة، ولو فعل الحاضن ذلك عمداً مع علمه بأنه يقتله إذ هو فاعل سبب كما سيأتي، بخلاف ما إذا سقاه أو أطعمه مباشرةً، فإنه يقتل به إن كان غير الأم، وإن كانت الأم كانت ديته[٥] في مالها، وقد دخل جميع ذلك تحت عبارة الأثمار، وإنما عدل عن عبارة الأزهار للاختصار[٦].

قوله عليلم: " **ولَه النَقْلُ إلى مَقَرِّه غَالِبًا** "يعني ويجوز للحاضن أن ينقل المحضون إلى مقره ليرضعه ويربيه فيه، إن لم يشرط عليه في العقد أن يرضعه ويربيه في منزل وليه ونحوه.

[و][٧] قوله: "غالباً" احتراز من أن يكون مقر الحاضن دار حرب، أو يخاف على الولد فيه، أو يكون الحاضن غريباً في ذلك الموضع، فليس له في هذه الصور[٨] أن ينقل الطفل عن موضع أهله.

قال السيد ح: إلا أن ينقله من دار الحرب إلى دار الإسلام، فإن ذلك يجوز، وإن كانت الحاضنة غريبةً، ولا خلاف أنه يجوز لها ذلك فيما دون البريد، وأنه لا يجوز ذلك في الصُوّر التي احترز عنها بغالباً، واختلف فيما عدا ذلك، فالمذهب أن للأم نقله إلى مقرها، وسواء وقع العقد في بلدها أم لا، وسواء كان بلدها مصراً أم سواداً [٩].

---

1 - في (أ) "أنه".

2 - الزيادة من (أ) .

3 - تعليق في الحاشية من (ب)(ينظر فيما ذكر هنا ففيه إجمال ولعله وقع هنا سهو قلم فالذي يفهم من شرح الأزهار والبيان والكواكب وغيرها أن الواجب على الحامل مع جهله نصف الدية فقط على عاقلته.

قال في تعليق القاضي عبدالله بن حسن الداوري وحصرها إنما إن كانا عالمين بأنه يموت في مثل هذه المدة وتكون الحامل عالماً بقطع اللبا عنه كانا قاتلي عمد فعلى الأم الدية والكفارة وعلى الحامل القود وإن كانا جاهلين وجب على كل واحد منهما نصف الدية وإن كان أحدهما عالماً والآخر جاهلاً وإن كانت الأم هي العالمه فعليها الدية وعلى الحامل نصفها وإن كان العالم هو الحامل فعليه القود وعلى الأم نصف الدية تمت هـ) .

4 - في (ب) "وإن".

5 - في (أ) "الدية".

6 -الأزهار - (١ / ٨٥).

7 - في (أ) "لتفريطه".

8 - في (أ) "الصورة".

9 - البيان الشافي (٤١٦/٢) بنحوه.

وقالت الحنفية: ليس لها نقله إلى مقرها، إلا أن يكون[1] هو المصر الذي وقع فيه عقد النكاح، فأما إلى غير ذلك فلا، ولا يخرجه من المصر إلى السواد، ولها أن ترده من السواد إلى المصر إذا انتقلت [٢].

وقال ش: إذا اختلفت دار الأبوين فالأب أولى بالغلام [و] [٣] سواء كان هو المنتقل أم الأم [٤].

وقال ك: ليس لها أن تنقل الأولاد إلى غير بلد الأب وأوليائه، إلا أن يكون في موضع قريب قدر البريد أو دونه [٥].

حجة أهل المذهب أن كونها في بلدها مستحق لها في الأصل، وإنما يعين عليها الخروج منه لحق الزوج، فإذا زال حق الزوج عاد استحقاقها لذلك، ولا [٦] ضرر على الصبي إذ هو بين ذوي قرابته من قبل أمه، بخلاف ما إذا نقلته إلى غير بلدها فليس لها ذلك إذ لم يكن مستحقاً لها، وعلى الصبي في ذلك ضرر، لأنه يكون غريباً عن أهله وعشيرته[٧].

وحذف قوله في الأزهار[٨]" والقول لها فيما[٩] عليه استغناءً"[١٠] بما سيأتي في كتاب الدعاوى، ولإيهامه خلاف المقصود وهو أن المراد أن القول قولها، حيث ادعت كون ما عليه من الثياب ونحوها ملكاً لها أو نحو ذلك مما ليس بمراد، وإنما المراد أنّ القول قولها حيث تلف ما على الصبي من الثياب ونحوها، فادعى الولي عليها التفريط في ذلك، أو الجناية [فيه] [١١] أو ادعى تبديله أو نحو ذلك، وذلك يعرف مما سيأتي في الدعاوى [إن شاء الله تعالى][١٢] .

---

1 - نهاية ورقة ١٥٥ من (ب) .

2 - الاختيار لتعليل المختار - (٤ / ١٦) .

3 - الزيادة من(أ) .

4 - إعانة الطالبين - (٤ / ١١٦)و روضة الطالبين- الكتب العلمية - (٦ / ٥١٣).

5 - تهذيب مسائل المدونة المسمى التهذيب في اختصار المدونة لأبي سعيد خلف بن أبي القاسم القيرواني البراذعي [من علماء القرن الرابع الهجري] تحقيق وتعليق أبي الحسن أحمد فريد المزيدي (١ / ٤٢٠).

6 - في(ب)"كررت مرتين" .

7 - في(ب) "عشيرته و أهله".

8 - الأزهار - (١ / ٨٥).

9 - في(ب) "في من".

10 - في المخطوط "استغنآءً" وفي الأزهار "كفالةً "بدل "استغناء".

11 - الزيادة من(ب) .

12 - الزيادة من(أ) .

"فَصْــــــلٌ"

وَمَتَى استقل فَالْأَبُ أَوْلَى بِالذِّكْرِ وَالْأُمُّ بِالْأُنْثَى وبِهِمَا حَيْثُ لَا أَبَ" يعني أن الصبي إذا استقل بنفسه، بحيث أنه يأكل بنفسه ويشرب وينام في أوقات حاجته إلى تلك الأمور كما يفعل العاقل، كان الأمر كما ذكره على المذهب، وهو أن الأب أولى بولده الذكر، والأم بالأنثى، وحيث لا أب لهما موجود، فالأم أولى بكفالتهما حيث لم تتزوج، وكل ذلك حتى يبلغا وهو قول الحنفية وأحد قولي م بالله،وعلى قوله الآخر والمنصور، وتخريج ع ، وض زيد الأب أولى بهما لولايته [1].

وذهب ك إلى إن الأم أولى بهما حتى يبلغا، وعنه حتى تتزوج الأنثى، [وتدخل][2] ويبلغ الذكر [3].

وقيل: تكون الجارية مع أمها والصبي مع أبيه نهاراً ومع أمه ليلاً [4].

وقال ش: يخير بين أبيه وأمه، ذكراً كان أو[5] أنثى، فإن اختارهما معاً أو لم يختر أيهما قرع بينهما [6]، وقيل: [بل] [7] تكون الأم أحق به، حيث لم يختر أو[8] لم يختر غيرها، فإن مرضا فالأم أحق بالتمريض، وللأب زيارته من دون تبسط [9].

حجة أهل المذهب أنه لا ولاية له [10]، فيرجع إلى اختياره في كونه مع أحد أبويه كما لو كان محتاجاً إلى الحضانة، فبطل قول ش، وإنما كان الأب أولى بالذكر[/11] ليتأدب بآداب الرجال، ويتعلم أحكام الرجوليه، ويعمل عملهم بخلاف ما لو تُرك مع الأم، إذ يتخلق بأخلاق النساء[12] وينشأ على عادتهن، وفي ذلك ضرر عليه، وأما إذا كانت أنثى فتركها مع الأم[13] أصلح لها لتتأدب بآداب النساء[14]، وتتعلم ما يحتاج إليه من أعمالهنّ، ففي وقوعها

---

1 - شرح الأزهار (٢ / ٥٣١) والاختيار لتعليل المختار(٤ / ١٥)وبدائع الصنائع(٤ / ٤٢)والبيان الشافي (٤١٢/٢).
2 - الزيادة من(ب) .
3 - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - (١٠ / ٣٨٨).
4 - شرح الأزهار - (٢ / ٥٣١) .
5 - في(ب) "أم".
6 - المجموع - (١٨ / ٣٤١)و روضة الطالبين - المكتب الإسلامي - (٩ / ١٠٣).
7 - الزيادة من(ب) .
8 - في (ب) "إذ".
9 - البحر الزخار (٧ / ٤٧٨) بنحوه.
10 - في الحاشية (هداية له) .
11 - نهاية ورقة ١٤٩ من (أ) .
12 - في الأصل النسآ .
13 - في (أ) "أمها".
14 - في الأصل النسآ .

مع الأب تعطيل لذلك وفيه ضرر عليها، وأما حيث لا أب لهما فكانت الأم أولى بهما، إذ هي أرفق بهما[١] وأشفق عليهما[٢] .

تنبيـــــهٌ: ما نسب إلى ش من تخيير الصبي بين أبويه فهو حيث صار مميزاً،[٣] واستدل على ذلك بما رواه أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وآله "اختصم إليه رجل وامرأة في ولد منهما، فقالت المرأة يا رسول الله أنّ ابني هذا قد نفعني وسقاني من بير أبي عنبة، وإن أباه يريد أن يأخذه مني فقال الأب لا أحد يحاقني في ابني فقال النبي صلى الله عليه وآله يا غلام هذه أمك، وهذا أبوك فاتبع أيهما شئت فاتبع أمّه" هذه رواية أحمد[٤] وأبي داود والترمذي وحسنه وابن ماجه ورواه ابن حبان[٥] في صحيحه بنحوه، ورواه ابن أبي شيبه بنحوه وقال: أن النبي صلى الله عليه وآله قال: "استهما فيه"[٦] وصححه ابن القطان[٧] حكى ذلك في التلخيص[٨] بمعناه والحديث معروف.

وقال في البحر:" قُلْنَا: لَا تُهْتَدَى إلى مَصْلَحَةٍ فَتُخَيَّرُ، وَفِعْلُهُ [ص~][٩] يَحْتَمِلُ أَنَّهُ لِعَدَمِ أَمَانَةِ الْأَبِ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ."[١٠]انتهى هــ.

قوله عليه السلام: " **ثم يَلِيهَا** " يعني حيث تزوجت، وذلك لبطلان حقها بالنكاح لقوله صلى الله عليه وآله "ما لم تنكحي"[١١] كما مر فانتقل حق الحضانة إلى من يليها من

---

1 - في (أ) "بها "والصحيح ما أثبته.

2 - في (أ) "عليها" والصحيح ما أثبته.

3 - ينظر الحاوي الكبير ــ للماوردي - (١١ / ١١٣٣) .

4 - أخرجه أحمد بن حنبل في مسنده - مسند أبي هريرة رضي الله عنه-رقم٧٣٤٦ (ج٢/ص٢٤٦) وأبو داود في سننه – كتاب الطلاق-بَاب من أَحَقُّ بِالْوَلَدِ -رقم ٢٢٧٧ (ج٢/ص٢٨٣). والترمذي في سننه -كِتَاب الْأَحْكَامِ -بَاب ما جاء في تَخْيِيرِ الْغُلَامِ بين أَبَوَيْهِ إذا افْتَرَقَا- رقم ١٣٥٧- قال أبو عِيسَى حَدِيثُ أبي هُرَيْرَةَ حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ وَالْعَمَلُ على هذا عِنْدَ بَعْضِ أَهْلِ الْعِلْمِ من أَصْحَابِ النبي صلى الله عليه وسلم وَغَيْرِهِمْ (ج٣/ص٦٣٨). و ابن ماجه في سننه-كِتَاب الْأَحْكَامِ - بَاب تَخْيِيرِ الصَّبِيِّ بين أبويه- رقم٢٣٥١ (ج٢/ص٧٨٧) وصححه الألباني في إرواء الغليل (٧ / ٢٥٠).

5 - هو محمد بن حبان ، أبو حاتم البستي، ويقال له ابن حبان: مؤرخ، علامة، جغرافي، محدث. ولد في بست (من بلاد سجستان) وتنقل في الأقطار، أحد المكثرين من التصنيف ، من كتبه(المسند الصحيح) في الحديث، الأعلام للزركلي - (٦ / ٧٨).

6 - أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه - كتاب الطلاق – باب ما قالوا في الرجل يطلق امرأته ولها ولد صغير- رقم ١٩١٢١.وصححه ابن القطان كما في التلخيص (ج٤/ص١٨٠).

7 -هو يحيى بن سعيد بن فروخ القطان التميمي، أبو سعيد: من حفاظ الحديث، ثقة حجة، من أقران مالك وشعبة، من أهل البصرة.كان يفتي بقول أبي حنيفة. قال أحمد بن حنبل: ما رأيت بعيني مثل يحيى القطان. الأعلام للزركلي (٨ / ١٤٧).

8 - ينظر التلخيص الحبير (ج٤/ص١٢).

9 - الزيادة من(ب) .

10 - البحر الزخار (٧ / ٤٧٨) .

11 - سبق تخريجه صــ٣٤٤ .

الحواضن إذ لا مبطل لحقهن ما لم يتزوجن، وكذا تكون حيث عدمت الأم أو[1] كانت غير صالحة للحضانة .

قوله عليلم: " **ثم يخُيِّرَ بَيْنَهن وَالْعَصَبَةِ وينقل إلى مَنْ اخْتَارَ ثَانيًا [غالباً]** [2]" أي ثم إذا تزوجت الحواضن كلهن فالواجب أن يخير الصبي بين الأم أو من بعدها على الترتيب وبين عصبته على الترتيب الذي تقدم.

قيل ف: وحكى في شمس الشريعة[3]عن الحنفية أنه لا معنى للتخيير لأن الصبي قد يختار اللهو لكن ينظر له في الأصلح، وقواه ل [4].

وقيل ح: الصحيح أنه لا حق لغير الأم من النساء[5] بعد الاستقلال.

واختار المؤلف عليلم ما ذكره ض زيد للمذهب أن غير الأم كالأم في ذلك مع عدمها[6]، واستدل أهل المذهب على التخيير حينئذ بحديث عُمَارَةَ الْجَرْمِيِّ [7] أنّ عليا عليه السلام خيره بين أُمِّهِ وَعَمِّهِ، وهو ابن سبع سنين، أو ثماني سنين رواه ش في الأم، وفيه "وقال لأخ أصغر مني[8] وهذا لو بَلَغَ مَبْلَغَ هذا خَيَّرْته "[9]،وبما رواه ش والبيهقي أن عمر خيّر غلاماً بين أبويه"[10] حكى هذين الخبرين في التلخيص وغيره [11].

وقوله: "وينقل إلى من اختار ثانياً" هذا هو المذهب[12]، وهو قول ش[13]، ووجهه أن الاختيار حق له يتجدد في كل وقت، فأشبه الزوجة إذا عفت عن حقها من القسم، فإن لها أن ترجع عن ذلك كما مر، ولأنه قد يظهر له خلاف ما ظنه، ولأن في ذلك ترفيهاً[14] عليه، ولأنه ربما يقصد مراعاة الجانبين.

---

1 - في(أ)"إذا".
2 - الزيادة من(ب) .
3 - في(ب)" الشمس ".
4 - شمس الشريعة (خ) .
5 - في الأصل النسآ .
6 - البيان الشافي (٤٠٩/٢) بنحوه.
7 - هو عمارة بن ربيعة الجرمي يروى عن على روى عنه يونس بن عبيد .(الثقات لابن حبان - (٥ / ٢٤١).
8 - في(أ)"منه " في رواية أخرى .
9 - الأم - باب التَّفْرِيقُ بين ذَوِي الْمَحَارِمِ (ج٤/ص٢٧٤) و بَابُ أَيُّ الْوَالِدَيْنِ أَحَقُّ بِالْوَلَدِ (ج٥/ص٩٢).
10 - أخرجه البيهقي في السنن الكبرى -باب الأبوين إذا افترقا وهما في قرية واحدة فالأم أحق بولدها ما لم تتزوج... - رقم١٥٥٤٠ (ج٨/ص٤) والشافعي في الأم(ج٥/ص٩٢). وصححه الألباني في إرواء الغليل - (٧ / ٢٥١).
11 - التلخيص الحبير (ج٤/ص١٢).
12 - البحر الزخار (٧ / ٤٧٨).
13 - الأم (ج٥/ص٩٢).
14 - في(ب)" ترفهاً " .

وقوله: "غالباً" احتراز مما ذكره الإمام ح وغيره من أنه إذا أكثر التردد[١] حتى غلب على الظن فله تمييزه جعل عند الأم إذ هي أشفق وأرفق، فإن عدمت نظر له في الأصلح، وكذا حيث تختار من ليس بأصلح[٢] فإن الحاكم يختار له وهذه من الزوايد .

قيل: وإذا خيّر المحضون بين أبويه فاختار أباه، فإن كان ذكراً لم يكن للأب أن يمنعه من زيارة الأم، ولا أن يمنعها من زيارته في منزله، والزيارة مرةً في الأيام كالعادة لا كل يوم، ولا يطيل المكث إذا دخلت، وإن كان المحضون أنثى فلكل من الأبوين أن يزورها، إن اختارت الآخر، وليس للأب منع الأم من زيارتها [له] [٣]، وله منع [ابنته] [٤]الأنثى من زيارة الأم، لئلا تعتاد البروز ولتألف الصيانة، والأم أولى بالبروز منها لسنها وخبرتها انتهى.

تنبيـــــهٌ: قال في الكافي وغيره: "أن للثيب المأمون عليها يعني البالغة العاقلة أن تقف حيث شاءت[٥] فإن خيف عليها فلأبيها وعمها وخالها منعها من المصير إلى غيرهم، وهكذا البكر فإن خيف عليها من ذوي قرابتها[/٦]عدلت عند ثقة من النساء هــ [٧].

---

1 - في(أ)"الترديد".
2 - في(أ)"أصلح" .
3 - الزيادة من(أ).
4 - الزيادة من(أ).
5 - في الأصل "شات" .
6 - نهاية ورقة ١٥٦ من (ب).
7 - الكافي في شرح الوافي (خ) .

بَابُ النَّفَقَـــاتِ

هي أنواع: نفقة الزوجة، ونفقة القريب، ونفقة المماليك، وسد فاقة المضطر محترم الدم، وسيأتي الاستدلال على وجوب كل واحد منهما[١]، وقد جرت عادة المصنفين بتقديم ذكر نفقة الزوجة، لأن وجوبها آكد[٢]، لأنها بطريق المعاوضة، إذ هي في مقابلة التمكين من الاستمتاع، ولذلك لا تسقط بالمطل.

والأصل في وجوبها قبل الإجماع، من الكتاب قوله تعالى: **(**الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاء بِمَا فَضَّلَ اللّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنفَقُواْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ **)**[٣]، وقوله **(** وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرُهُ **)** [٤] ونحوهما .

ومن السنة أحاديث كثيرة منها ما أخرجه مسلم [وغيره] [٥] من حديث جابر في حجة الوداع وفيه[٦] أن النبي صلى الله عليه وآله قال في خطبته:" واتقوا[٧] الله في النساء[٨] إلى أن قال " ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف"[٩] و نحوه.

قوله عليلم " **على نحو زوج لنحو زوجةٍ ولو معتدة غالباً كفايتها** " أراد بنحو الزوجة ولي الصبي والمجنون، فإنه يجب عليه[١٠] ما تحتاج إليه زوجتاهما من مالهما، وكذلك[١١] سيد العبد [فإنه] [١٢] يجب عليه ما تحتاج إليه زوجة عبده، وكذا الواطئ[١٣] بشبهة على قول يجب عليه ما تحتاجه الموطوءة[١٤] في مدة استبرائها، وأراد بنحو الزوجة زوجة العبد المأذون بزواجتها، والموطوءة بشبهة [على قول] [١٥] كما تقدم، هكذا نقل عن المؤلف عليلم، وهما من زوائده[١٦].

---

1 - يظهر أن الصحيح "منها ".
2 - في (ب) "اكد ".
3 - النساء: ٣٤.
4- البقرة: ٢٣٦.
5 - الزيادة من (ب) .
6 - في (ب)"ففيه" .
7 - في المتن فاتقوا .
8 - في (أ، ب) "النسآ" .
9- أخرجه مسلم في صحيحه - كتاب الحج - باب حجة النبي r - رقم ١٤٧ (ج٢ /ص٨٨٦) .
10 - في (ب)"على" .
11 - في (ب)"كذا".
12 - الزيادة من (أ) .
13 - في (ب) "الواطى ".
14 - في (أ، ب) "الموطوه "وكذا في البقية فلا داعي لتكراره.
15 - الزيادة من (ب) .
16 - في (أ)"الزوايد" .

والحاصل أنه يجب من مال الزوج ولو صغيراً، أو مجنوناً أو غائباً، أو[١] من مال سيد العبد كفاية الزوجة ونحوها، ولو صغيرة، أو حائضاً، أو مريضة، أوشيخة، أو رتقا أو مجنونة رضيهما[٢]، أو أمة سلمت[٣] كما مر، أو محرمة بإذنه، أو ذمية مع ذمي مدخولاً بها، أم غير مدخول بها تصلح للجماع أم لا، على المذهب في جميع ذلك، وفيه خلاف[٤] من جهات، أمّا الصغير[٥] فذلك هو المذهب، وبه قال: م بالله وح، وهو أحد قولي ش [٦].

وعلى قوله الأخير، أنّ الزوج إذا كان صغيراً، لا يجامع مثله فلا نفقة عليه [٧].

وأما الصغيرة التي لا تصلح للجماع فالمذهب وجوب نفقتها كما ذكر، وهو أحد قولي ش، وعند م بالله وص بالله وح وأصحابه، وأخير قولي ش لا نفقة لها ولا سكنى. [٨]

قال في الغيث: وهذا الخلاف ينبني على أصل، وهو هل النفقة في مقابلة الاستمتاع، أم في مقابلة العقد ؟

فقال الهادي: في مقابلة العقد لعموم الأدلة وهو المذهب، وقال الآخرون: في مقابلة الاستمتاع، لأنها[٩/] تثبت بثبوت التمكين، وتنتفي بانتفائه انتهى [١٠].

وأما المحرمة بإذن الزوج أو بحجة الإسلام، فالمذهب وجوب نفقتها [١١]، وعن الأمير علي بن[١٢] الحسين[١٣] أنها إذا حجت حجة الإسلام ولم يكن معها زوجها، كانت نفقتها في مالها إلى أن تعود، فإن كان معها كانت نفقتها عليه، إذا تمكن من الاستمتاع بها إلى أن تحرم فإذا أحرمت لم تجب لها عليه نفقة، قال: وإذا لم يتمكن من الاستمتاع بها قبل الإحرام، فلا نص [١٤].

---

1 - في (ب) "و" .
2 - في (ب) "رضيها" .
3 - أي سلمت يوما وليلة فما فوق (حاشية شرح الأزهار - (٢ / ٥٣٣).
4 - في (ب) " خلافات ".
5 - كذا في النسخ والصحيح ""الصغيرة"".
6 - شرح الأزهار - (٢ / ٥٣٣) و العناية شرح الهداية - (٦ / ٢٠٦) والأم - (٥ / ٨٨) والمهذب - (٢ / ١٥٩) والحاوي الكبير ــ للماوردي - (٩ / ١٢٧٦).
7 - الأم (٥ / ٨٨) والمهذب - (٢ / ١٥٩) والحاوي الكبير ــ للماوردي - (٩ / ١٢٧٦).
8 - شرح الأزهار - (٢ / ٥٣٣)والعناية شرح الهداية - (٦ / ٢٠٥) والأم (٥ / ٨٨) والمهذب - (٢ / ١٥٩) والحاوي الكبير ــ للماوردي - (٩ / ١٢٧٦).
9 - نهاية ورقة ١٥٠ من (أ) .
10- الغيث المدرار ج٢(خ) .
11-شرح الأزهار - (٢ / ٥٣٣) .
12 - في (أ) "ابن "والصحيح ما أثبته لأن الألف تحذف بين علمين.
13- هو الأمير علي بن الحسين [... - ق ٧هـ] يتصل نسبه إلى علي بن أبي طالب كرم الله وجهه، اتفق على فضله الزيدية واعتمدت كتبه منها (اللمع) و(الدرر) كان متواضعا، وكانت إقامته بمسجد القزالي بصنعاء. طبقات الزيدية الكبرى(٢ /١٤٧).
14-البيان لابن مظفر (٤١٧/٢) بنحوه .

وأما غير المدخولة، فالمذهب وجوب نفقتها كما مرّ [١]، وفي مهذب الشافعية والانتصار، أنه إذا لم يطالب الزوج ولا امتنعت حتى مضت مدة من يوم العقد، لم تستحق نفقة لأن النبي صلى الله عليه وآله "عقد بعائشة ولم يدخل بها، إلا بعد سنتين"،[٢] ولم يرو أنه أنفق عليها قبل الدخول، وأجيب بأن ذلك حكاية ترك، لم يعرف وجهه فلا حجة فيه هـ[٣].

وأما المريضة والرتقا، فالمذهب وجوب نفقتها كما تقدم، وم بالله يوافق فيهما، لأنه يعلل عدم وجوب نفقة الصغيرة، بأنّ تعذر الوطء[٤] فيها بسبب أصلي يرجى زواله، بخلاف المريضة إذ سبب التعذر فيها ليس بأصلي، وبخلاف الرتقاء، إذ سبب التعذر فيها لا يرجى زواله فوجبت نفقتهما، وحجة أهل المذهب على الجميع عموم الأدلة، فلا يخرج منها إلا ما خصه دليل كالناشزة هـ[٥].

وقوله: "ولو معتدة" معناه فإنها تستحق كفايتها كالتي زوجيتها باقية، وسواء كانت معتدة من طلاق، أم موت، أم فسخ.

وقوله "غالباً" احتراز من أن يقع الفسخ بحكم حاكم، نحو فسخ العقد الفاسد بالحكم لا بالتراضي، وكذلك الفسخ بالعيب بالحكم، والفسخ باللعان[٦]، فإنه لا نفقة لهذه الثلاث في العدة، بخلاف الصغيرة إذا بلغت، وفسخت النكاح والأمة، إذا عتقت وفسخت النكاح، وكالفاسخة بعيب الزوج، فإنّ هؤلاء الثلاث لا تسقط نفقتهن، وإن لم يتم لهن الفسخ إلا بالحكم، على ما تقتضيه أصول المذهب، كما تقدم في باب العدة.

واحترز أيضاً بقوله "غالباً " مما إذا كان الفسخ لأمر يقتضي النشوز من الزوجة، [فإنها لا تستحق نفقة عدة] [٧]، وذلك الأمر المقتضي لنشوزها، إما ذنب أو عيب، فالذنب نحو أن ترتد، ويبقى الزوج على الإسلام، أو يسلم الزوج، وتبقى هي على الكفر، وكذا حيث أرضعت ضرتها الصغيرة، وهي لا تخشى عليها الهلاك.

وأما العيب فنحو أن يفسخها الزوج، بأحد العيوب المتقدمة، فإنّ ذلك يتضمن النشوز، بخلاف ما لو فسخته بعيبه، فإن الفسخ هنا لا يتضمن النشوز فتستحق النفقة.

1- شرح الأزهار - (٢ / ٥٣٣)
2- أخرجه البخاري في صحيحه -كتاب فضائل الصحابة - بَاب تَزْوِيجِ النبي صلى الله عليه وسلم عَائِشَةَ وَقُدُومِهَا الْمَدِينَةَ وَبِنَائِهِ بها - رقم٣٦٨١ (ج٣/ص١٤١٤) .
3- المهذب - (٢ / ١٥٩) و الانتصار على علماء الأمصار ج٥(خ) .
4 - في (ب) "الوط ".
5- شرح الأزهار - (٢ / ٥٣٣) .
6 - في (ب) " وفسخ اللعان ".
7 - الزيادة من (ب) .

واحترز أيضاً من المعتدة عن خلوة، فإنه لا نفقة لها، وعن المعتدة عن موت، أو طلاق باين، فإنه لا سكنى لهما، وأما المنكوحة باطلاً والمغلوط بها، فلا تحتاج إلى الاحتراز منهما، وإن كانتا لا تستحقان نفقة في مدة استبرائهما، إذ ليستا بمعتدتين، وكذلك أم الولد إذا مات سيدها، إذ الوطء[1] في هذه الثلاث غير مستند إلى عقد نكاح صحيح ولا فاسد، وما رواه العصيفري[2] عن الأحكام، من أن أم الولد والمغلوط بها، تستحقان النفقة، إذا كان معهما حمل، فهو متأول. ذكر معنى ذلك في الغيث [3].

وقال الدواري فيه ضعف [4]، وفي البحر ما لفظه" مسألة: ولا نفقة لعدة الموطوءة بشبهة، إذ هي استبراء، والنفقة إنما تلزم بالعقد، ولا على زوجها الأول، إذ هي مشغولة عنه.

الإمام ح بل يلزم الواطئ [5]، إذ[٦/] العدة منه وفي سقوطها عن الزوج الأول وجهان:

تلزم وإن تعذر الوطء[7] كالحائض، ولا، إذ لا تستحق نفقتين.

قلنا: محبوسة عن الأول، ولا عقد للثاني" انتهى [8].

مســــألة :فإن كان المانع للزوجة عن زوجها غيرها بغير رضاها كالتي أمسكها أهلها والمحبوسة بحق أو بغير حق ولم يمكنها تخلص نفسها فمفهوم كلام اللمع والتقرير أنها لا تسقط نفقتها، وقال الإمام علي والفقيه ع: بل تسقط هكذا في بيان [ابن] [9] مظفر هـــ[10].

وفي شرح الإرشاد عن زوائد الروضة أنها لو حبست ظلما أو بحق فلا نفقة لها، كلو وطئت[11] بشبهة واعتدت انتهى [12].

---

1 - في (أ،ب) "الوط" .

2- هو أبو الفضل بن أبي السعد بن العروي بن الحسين بن أحمد العصيفري المعلي الريعي،[ق ٧هـ] كان من المجتهدين الأحبار، والعلماء الأخيار، له العديد من المصنفات والشروح .(طبقات الزيدية الكبرى (٢ / ٢٧٦) ومطلع البدور ومجمع البحور - (٤ / ١٨) .

3- الغيث المدرار ج٢(خ) .

4- التعليق على اللُّمَعِ (خ) .

5 - في (أ،ب) "الواطي" .

6 - نهاية ورقة ١٥٧ من (ب) .

7 - في (أ، ب) "الوط" .

8- البحر الزخار (٧ / ٤١١) .

9 - سقط من (أ) .

10- اللمع في فقه أهل البيت(خ) والتقرير (خ) و البيان الشافي لابن مظفر (٤١٨/٢) .

11 - في (أ،ب) "وطيت" .

12- شرح الإرشاد (١٧٧/١).

ثم بين المؤلف عليلم الكفاية بقوله: " **قوام بدن وعشرة ومسكنى**[١] **بحسب حالهما ومكانهما وزمانهما** " أما قوام البدن والمراد به النفقة ومؤنتها[٢] [وإدامها][٣] وكسوتها[٤]وما يجري مجراها ودواء[٥] المريض.

أما النفقة فالمذهب أن المرجع[٦] فيها إلى رأي الحاكم في قدر الكفاية من غالب قوت البلد.

قال الإمام ح: وإنما يجزئ الحب لا الدقيق والخبز، ولا القيمة كالكفارة فان تراضيا فوجهان يصح كالقرض وهو الأصح.

قال في البحر: "قلت: وهو الأقرب للمذهب، ولا كالكفارة لمخالفة المشروع وعليه مؤنة[٧] الطحن والخبز والعجن" انتهى [٨].

[و][٩] قيل ع: وغيره ظاهر المذهب أن الواجب لها طعام مصنوع فإن كانت تضرر به وجب لها طعام غير مصنوع ومؤنته [١٠].

وعن المؤلف عليه السلام أن المرجع في ذلك إلى ما يقتضيه نظر الحاكم حسب ما يراه صلاحاً وذلك يختلف باختلاف المكان والزمان انتهى.

وفي تعليق الداوري ما لفظه "فائـــــدةٌ إذا سلم الزوج نفقة زوجته طعاماً مصنوعاً كما هو الواجب وكانت تضرر بذلك ولا يعهد في الجهة إن نفقتها تسلم إلا من الحب والدراهم فقيل: لا معنى لتضررها لأنه قد أدى ما يجب عليه ، وقيل: بل يجب عليه أن يدفع إليها الحب أو عوضه لا الطعام المصنوع لأن هذا من المعاشرة بالمعروف وقد قال تعالى:**(** وَعَاشِرُوهُنَّ **)**[١١] انتهى [١٢].

---

1 - في (ب)" وسكنى".
2 - في (أ،ب)" مونتها ".
3 - الزيادة من (ب) .
4 - في (ب)" والكسوة".
5 - في (أ، ب)" ودوآ" .
6 - في (أ)" أن المرجع"كررت مرتين.
7 - في (ب)" مونة" .
8- البحر الزخار (٧ / ٣٨٨).
9 - الزيادة من(ب) .
10 - في (أ،ب) "مونته" .
11- النساء:١٩.
12- تعليق الداوري (خ).

وفي شرح الإرشاد أن الواجب هو الحب، قال: فلا يجزئ الخبز، والدقيق لعدم صلاحيتهما لكل ما يصلح له الحب هـ [١].

نعـــم: وإذا تعددت الأقوات في البلد ولا غالب فيها، فالواجب ما يليق منها بالحال كما سيأتي هـ.

فـــرعٌ: ولا تقدير للنفقة إلا بالكفاية عن القاسم والهادي وط لقوله تعالى { عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرُهُ }[٢] ولم يبين [٣].

وقدر الهادي في الفنون كل يوم مُدين وكل شهر درهمين للإدام، وفي المنتخب على الموسر ثلاثة أمداد، سوى[٤] الادام، وعلى المعسر مد ونصف [٥].

قال في الغيث: "وهذا ليس بتحقيق لأن الهادي عليلم قد قال: "أو أقل من ذلك على ما يراه الحاكم.

وقال ش: على المسكين والمكتسب[٦] مُد، وعلى الموسر مدان، وعلى المتوسط مد ونصف.

وعن ح: الموسر سبعة دراهم إلى ثمانية [دراهم] [٧] في الشهر، والمعسر أربعة دراهم إلى خمسة دراهم.

قال بعض أصحابه: هذا التقدير حيث كان رخص الطعام في وقته وأما في غيره فيعتبر بالكفاية" هـ[٨].

وأما المؤنة فالمراد بها مؤنة الطحن والعجن والخبز كما تقدم، وكذلك الملح والحطب وأجرة طبخ اللحم الادام، ويجب عليه ما تحتاجه من الآلة والجرة، والقدر[٩/] والمغرفة، والقصعة والكوز ونحوها[١٠] مما لابد منه لإصلاح المعيشة، ويكفي كونها من حجر أو خزف أو خشب حسب المعتاد، وعليه أيضاً ماء[١١] العلاج والشرب.

1- شرح الإرشاد (١/١٧٩) .
2- البقرة:٢٣٦.
3- البحر الزخار (٧ / ٣٨٧).
4- في المخطوط (سوا).
5- المنتخب ويليه كتاب الفنون- (٣٧٠) ولم أعثر على كلام الهادي في الفنون.
6 - في (ب)" المتكسب".
7 - الزيادة من (ب) .
8- الغيث المدرار ج٢(خ) و روضة الطالبين (٩ / ٤٠) و المبسوط - (٤ / ٩١).
9 - نهاية ورقة ١٥١من (أ) .
10 - في (ب) "نحوهما".
11- في (أ،ب)" مآ" .

قيل: ودهن السراج أول الليل، وظاهر كلام أهل المذهب وغيرهم عدم الفرق في وجوب مؤنة الطحن ونحوه، بين من عادتهم تولى ذلك بأنفسهم، كأهل البوادي وبين غيرهم.

وقيل: لا يجب ذلك لمن عادتها تولى ذلك بنفسها ويجب لغيرها.

وأما الادام فيعتبر فيه الغالب في الجهة كالنفقة من سمن أو سليط أو لبن [أو لحم] [١]، وحسب ما[٢] يعتاد في جميع الأسبوع أو في بعضه [٣].

قال في البحر: وقد قدر في اليوم أوقيتان دهناً من الموسر، ومن المعسر أوقية، ومن المتوسط أوقية ونصف" [٤].

وفي شرح الإرشاد ما لفظه "ويعتبر في الادام تقدير القاضي باجتهاده عند التنازع، فيقدر للمد من الادام ما يكفيه لمن واجبه المد ويقرر على الموسر ضعف ذلك وعلى المتوسط بينهما، ثم قال: ويعتبر في اللحم عادة البلد للموسرين والمتوسطين كغيرهم، قال الرافعي[٥]: وقد تغلب الفاكهة في أوقاتها فتجب [٦].

ثم قال: وإنما يجب ما ذكر لزوجته إن لم تواكله حال كونها رشيدة، فإن واكلته وهي رشيدة سقطت نفقتها، لجريان الناس عليه في الأمصار، والاكتفاء [به] [٧]في أشرف الإعصار، وهو زمن الرسول صلى الله عليه وآله [وسلم] [٨] والمهاجرين والأنصار، ولو كانت لا تسقط مع علمه صلى الله عليه وآله بأطباقهم عليه لأعلمهم بذلك، ولقضاه من تركاتهم، وهذا إذا أكلت الرشيدة كفايتها مختارة، فإن أكلت دون الكفاية لم تسقط، كما صرح به في النهاية [٩].

وهل لها مطالبته بالجميع أو التفاوت؟ فيه نظر، ولو أكلته مكرهة لم تسقط، كما دل عليه كلام العزيز والروضة [١٠].

---

1 - الزيادة من (ب) .

2 - في (ب) "حسبما".

3- الجامع الزخار (٧ / ٣٨٨)وشرح الأزهار - (٢ / ٥٣٥،٥٣٤) بنحوه .

4- البحر الزخار (٧ / ٣٨٨) .

5- هو أبو القاسم عبد الكريم ابن العلامة أبي الفضل محمد بن عبد الكريم الرافعي القزويني شيخ الشافعية عالم العجم والعرب مولده سنة خمس وخمسين، قرأ على أبيه وروى عنه وعن عبد الله بن أبي الفتوح وعدة، كان من العلماء العاملين له العديد من المصنفات منها الفتح العزيز في شرح الوجيز وشرح آخر صغير وله شرح مسند الشافعي في مجلدين ، قال ابن خلكان توفي في ذي القعدة سنة ثلاث وعشرين وست مئة . (سير أعلام النبلاء ج٢٢/ص٢٥٢).

6- شرح الإرشاد (١٧٩/١)والإقناع للشربيني (٢ / ٤٨٥).

7 - الزيادة من (أ) .

8 - الزيادة من (ب) .

9- المرجع السابق .

10- روضة الطالبين (٩ / ٤٠) .

والتقييد بالرشيدة من الزوايد، للاحتراز عن السفيهة والصغيرة والمجنونة، فإن مؤاكلة كل منهنّ لا تسقط نفقتها، بل الزوج متطوع بإطعامها والنفقة باقية في ذمته، إلا أن يكون أكلها بإذن الولي، فإن أذن سقطت إلى آخر ما ذكره هـ.

وأما الدواء[١] فالمذهب وجوبه أيضاً، قيل: حكاه في شرح أبي مضر عن ط [٢].

وقال في الانتصار ومهذب ش: لا تجب أجرة الحجام وثمن الأدوية، وأجرة الطبيب لأن ذلك يراد لحفظ البدن كما لا يجب على المستأجر إصلاح ما أنهدم من الدار [٣].

قال في الغيث: الحجة أن الدواء[٤] لحفظ الروح فأشبه النفقة انتهى[/٥] [٦].

وأما الكسوة فالأصل في وجوبها قوله تعالى(وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ)[٧] وأن البدن لا يقوم إلا بها كالقوت.

والواجب لها من الكسوة قدر كفايتها قميص وخمار وسراويل ونعلان على ما جرت به العادة لمثلها من مثله، وما جرى به العرف في البلد والناحية في العدد والجودة، فإذا كان لمثلها بذله وأعلى، وجب لها ذلك.

وكذا الحال يختلف في الشتاء [٨] والصيف كبلاد الثلج لزمه في الشتاء ما يعتاد من الجباب والمصريات .

قال في الغيث: وقد أغفل الأصحاب[٩] ذكر الفراش ودفاء[١٠] الليل في الأرض البادرة.

[قال]: [١١] والأقرب أنه يلزمه ذلك لأنه أهم من اتحاد كسوة عليا مع البدلة، وقد أوجبوها ولأنهم قد استثنوه للمفلس المديون، ولم يستثنوا له على اللباس، وعلى الجملة فالحاجة

1- في (أ،ب) "الدوآ".
2- شرح أبي مضر (خ).
3- الانتصار على علماء الأمصار ج٥ (خ). و المهذب (٢ / ١٦٢).
4- في (أ،ب) "الدوآ".
5 - نهاية ورقة ١٥٨من (ب) .
6- الغيث المدرار ج٢(خ).
7- البقرة:٢٣٣.
8- في (أ،ب) "الشتا".وكذلك في البقية .
9 -علماء المذهب الزيدي.
10- في (أ،ب) "دفا".
11 - الزيادة من (أ) .

إليهما[١] أمس من الادام وهما يختلفان بحسب اختلاف الجهات، واليسار والإعسار انتهى[٢].

وفي شرح الإرشاد: ما لفظه "لها مضربة يفترشها للنوم ومِخدة[٣] بكسر الميم أي وسادة تضع رأسها عند النوم ولبد أو حصير تقعد عليه مع جبة ولحاف يزادان شتاء للعادة في كل ذلك، لقوله تعالى:**(بالمعروف)**[٤] " ثم قال: وهما في حق المعسر، وأما الموسر فعليه طنفسة[٥] في الشتاء، ونطع[٦] في الصيف [٧].

وقال فيه: وإذا لم تستغن بالثياب في الشتاء عن الوقود لشدة البرد، وجب لها من الحطب، أو الفحم قدر الحاجة.

[قال] [٨]: ولو كانت ببلد يعتاد نساؤها الإزار والرداء[٩] فالظاهر، ونبه عليه الْأَذْرَعِيُّ[١٠] أنه لا يجب لها غيرهما اعتباراً بعرفهم.

وقال فيه: وأما المكعب معنى ما يلبس في الرجل فقد قال الماوردي[١١] في الحاوي:" إذا أعتاد نساء[١٢] القرى أن لا تلبس شيئاً في أرجلهن في البيوت لم يجب لأرجلهن شيء والمعتبر في الكسوة عادة البلد من قطن أو كتان أو حرير أو غيرها، وتفاوت في مراتب الجنس بين الموسر وغيره، فعلى الموسر من رفيعة[١٣] وعلى المعسر من غليظة، وعلى

---

1 - في (أ) "إليه" .

2- الغيث المدرار ج٢(خ).

3 - في (أ)"مخدية" .

4- البقرة:٢٣٣.

5- الطِّنْفِسَةُ: بكسرتين في اللغة العالية واقتصر عليها جماعة منهم ابن السكيت وفي لغة بفتحتين وهي بساط له خمل رقيق، وقيل هو ما يجعل تحت الرحل على كتفي البعير والجمع "طَنَافِسُ". المصباح المنير- العصرية - (١ / ١٩٦)و الصحاح للجوهري (٤ / ٤٠٢).

6- النِّطعُ بالكسر وبالفتح وبالتحريكِ وكعِنَبٍ : بساطٌ من الأديمِ. القاموس المحيط - (١ / ٩٩١).

7- الغيث المدرار ج٢(خ).

8 - الزيادة من (أ) .

9- في (ب) "الردا".

10- هو أحمد بن حمدان بن أحمد الإمام العلامة صاحب التصانيف المشهورة شهاب الدين أبو العباس الأذرعي شيخ البلاد الشمالية وفقيه تلك الناحية ومفتيها والمشار إليه بالعلم فيها مولده في سنة ثمان وقيل سنة سبع وسبعمائة بأذرعات وسمع من جماعة قرأ على الحافظين المزي والذهبي ، كان سريع الكتابة مطرح النفس كثير الجود صادق اللهجة شديد الخوف من الله تعالى. توفي في جمادي الآخرة سنة ثلاث وثمانين وسبعمائة بحلب. طبقات الشافعية (٣ / ١٤١).

11- هو علي بن محمد بن حبيب أبو الحسن الماوردي صاحب الحاوي والإقناع في الفقه وغير ذلك تفقه بالبصرة على الصيمري ثم رحل إلى الشيخ أبي حامد الإسفرايني ببغداد،وكان إماما جليلا رفيع الشأن له اليد الباسطة في المذهب والتفنن التام في سائر العلوم، توفي يوم الثلاثاء سنة خمسين وأربعمائة. طبقات الشافعية الكبرى (٥ / ٢٦٧).

12- في (أ،ب) بدون "الهمزة آ".

13 - في (أ) "رقيقة".

المتوسط ما بينهما، ولو كانت ببلد أهلها عراة لا يلبسون شيئاً، فقال الماوردي: "في ذلك هتك عورة فيؤاخذون به في حق الله تعالى [١]" انتهى .

قال: والواجب أن يكسوها جديداً، ولو أراد أن يكسوها لبيساً لنصف المدة ثم لنصفها الثاني كسوة ثانية كذلك، لم يكن له ذلك إلا برضاها نبه عليه ابن عجيل[٢] انتهى هـ[٣].

وقوله عليه السلام: "وعشرةً" يعني ما يحتاج إليه لإصلاح بدنها وشعرها بالتنصيف وإزالة القذر على ما سيأتي من التفصيل، فإن ذلك يجب على الزوج كما يجب عليه القوت ونحوه، فمن ذلك السدر أو نحوه والمشط الذي هو الآله، والماء الذي لغسل النطافة[٤] في بدنها وثيابها لا لما يجب عليها كغسل الحيض والجنابة فذلك عليها لا عليه والواجب من الدهن ونحوه ما يكفي مثلها في العادة .

وقيل: ومما يجب عليه المرتك[٥] ونحوه مما يقطع رائحة[٦] الإبط، والطيب الذي يحتاج إليه لدفع الرائحة الكريهة عقيب الطهر والحيض لا الزيادة على ذلك، ولا الكحل والخضاب بالحناء ونحوه فذلك راجع إلى اختيار الزوج.

قيل: وإذا هيأ[٧] لها الزوج أسباب الخضاب والتطيب وأمرها بذلك لزمها فعله.

وكذلك يجب عليه أجرة الحمام بحسب العادة، وجملة القول في الحمام، أنه مباح للرجال بشرط التستر وغض البصر، ومكروه للنساء إلا لعذر، من مرض أو حيض أو نفاس، بشرط التحرز من المنكرات، والنهي عنها في حق الرجال والنساء ما أمكن[٨] هـ.

وأدخل المؤلف عليه السلام الاخدام في العشرة، وذلك لم يفرده بالذكر فيجب على الزوج إخدام زوجته التي تعتاد الاخدام قبل الزواج.

1- شرح الإرشاد (١٨١/١)و الحاوي الكبير للماوردي - (١١ / ٩٧٢).

2- هو إبراهيم بن علي عجيل كان فقيهاً، عارفاً، عالماً ورعاً، وكان مع ذلك من كبار الصالحين، قصد الجبال، كان له أخوة موسى ومحمد فتفرقوا لطلب العلم فقصد موسى مكة ، وقصد محمد مدينة زبيد ، وقصد إبراهيم المذكور الجبال فلما اجتمعوا أخذ كل واحد من عند إخوته، ثم دخل إبراهيم مدينه زبيد بعد موت أخيه محمد ونشر العلم وبعد صيته وانتفع به جماعة وطال عمرهُ توفي لبضع وأربعين وستمائة. طبقات الزيدية الكبرى (٣ / ١٨٧) .

3- المرجع السابق .

4 - في (ب) " النصافة ".

5- ما يعالج به الصنان و هو معرب و لا يكاد يوجد في الكلام القديم وبعضهم يكسر الميم و قيل هو غلط لأنه ليس آلة فحمله على فعلل أصوب من مفعل و يقال (المَرْتَكُ) أيضا نوع من التمر المصباح المنير- العلمية - (٢ / ٥٦٧) .

6- في (أ،ب)" رايحة"، وكذا في البقية .

7- في (أ،ب) "هيا" بدون همز.

8- روضة الطالبين- (٩ / ٥٠) بنحوه .

قيل: إذا كانت حرةً لا المملوكة، وإن كانت تعتاد الاخدام قبل الزواج لنقصانها بالرق، فإن حدث بها زمانة أو مرض وجب عليه إخدامها مطلقاً، ويجب أن يكون الخادم حرة أو مملوكة أو محرم لها لا ذمية إلا أن ترضاها ولا [هو](١)[/ ٢] حيث بذل ذلك لأن الحياء يمنعها من استيفاء الخدمة منه، وقيل يجوز ذلك فيما لا يستحيي منه كغسل الثياب وكنس البيت لا فيما يستحيي منه كغسل البدن وخرق الحيض ونحو ذلك هـ(٣).

قيل: وليس للزوجة أن تطلب أجرة الخادم من الزوج وتخدم نفسها لأنه قد يكره ابتذالها إلا أن يرضى(٤) بذلك، وإذا اختلفا في اختيار الخادم قدم اختيار الزوج ما لم يعرف[من] (٥) قصده الضرار هـ(٦).

وأما السكنى (٧) فالواجب منها على الزوج لزوجته ومن في حكمها منزل ومخزان ومشرقة، تنفرد بهنّ لا يشاركها فيهن أحدٌ إذا طلبت ذلك، وأما الحش والمطبخ وموضع الطهارة فيجوز مشاركة النساء فيهن لأن الحاجة إليهن لا تتفق في الوقت الواحد في الأغلب، وليس ما ذكر يحتم بل ذلك يختلف (٨) باختلاف الأحوال والبلدان.

قال في الانتصار: "تعتبر العادة من دارٍ إن كانت مدنية، أو منزلين إن كانت من القرى منزل للنوم، ومنزل لعمل المعيشة ،وإن كانت من أهل الخيام فبيت من بيوتهم، ولو بكراءٍ(٩) أو عارية، ووجه الوجوب في جميع ما تقدم مع الأدلة السمعية أنها في حبسه، فعليه أن يقوم بكفايتها في جميع ذلك، وقد تقدم دليل النفقة هـ.

واستدل على وجوب السكنى بقوله تعالى في المعتدات ﴿ {أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم ﴾ الآية(١٠)، وإذا استحقته المعتدة فالزوجة أولى (١١) هـ.

وقوله "بحسب حالهما" [الخ] (١٢) راجع إلى جميع ما تقدم وقد مضى تفصيل ذلك وهذا هو المذهب، وبه قال م بالله وح وأصحابه: أن النفقات وما تتعلق بها غير مقدره بل يعتبر

1- الزيادة من(أ) .
2- نهاية ورقة ١٥٢ من(أ) .
3- روضة الطالبين- (٩ / ٥٠) .و شرح الأزهار - (٢ / ٥٣٦) بنحوه.
4- في (ب) "يرضا".
5- الزيادة من(أ) .
6- شرح الأزهار - (٢ / ٥٣٦).
7- في (ب) "السكنا".
8- في(ب) "يختلف ذلك ".
9- في(أ) "بكرا ".
10- الطلاق:٦ .
11- الانتصار على علماء الأمصار ج٥(خ).
12- الزيادة من(ب) .

بحسب حال الزوجين في العسر واليسر وحسب مكانهما وزمانهما في التنعم[١] والتقشف والخصب والجدب ونحو ذلك [٢] .

وعند ش: أن النفقة خاصة مقدرة كما تقدم عنه [٣] .

والحجة لنا قوله تعالى ﴿ لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ ﴾[٤] الآية وقوله تعالى:﴿ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرُهُ ﴾[٥] وقوله صلى الله عليه وآله لهند بنت عتبة[٦] " خُذِي ما يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ بِالْمَعْرُوفِ "[٧].

وفي بعض نسخ الأثمار "بنحو حالهما" بدل قوله "بحسب حالهما إلى قوله: "ومكانهما" ، وأراد بلفظ نحو الزمان والمكان للاختصار.

وحذف قوله في الأزهار " وَلِغَيْرِ الْبَائِنَةِ وَنَحْوِهَا "[٨] لدخول[٩/] معنى ذلك تحت قوله "غالباً"، وحذف أيضاً قوله " فَإِنْ اخْتَلَفَا"[١٠] إلى آخره لاختياره أن المعتبر بحالهما كليهما في الاتفاق والاختلاف، فإن كانا غنيين، فنفقة غنية من غني، وإن كانا فقيرين فنفقة فقيرة من فقير، وإن كان الزوج غنياً وهي فقيرة فنفقة فقيرة من غني، وإن كان العكس فنفقة غنية من فقير، وقد روى مثل ذلك عن ط والأمير عليّ وغيرهما[١١] .

وقوله تعالى: ﴿ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ ﴾[١٢] ونحوهما لا تصريح فيه بأن العبرة بحال الزوج وحده، فلا مأخذ لك منها والله أعلم.

وحذف قوله في الأزهار

1- في(أ)"التنعيم" .

2- رد المحتار - (١٣ / ١١٣) و شرح الأزهار - (٢ / ٥٣٧) .

3- روضة الطالبين (٩ / ٤٧) .

4- الطلاق:٧.

5- البقرة:٢٣٦.

6- هي هند بنت عتبة القرشية أم معاوية بن أبي سفيان من النسوة اللاتي بايعن رسول الله صلى الله عليه وسلم أسلمت يوم فتح مكة، وشهدت اليرموك، كانت فصيحة جريئة، صاحبة رأي وحزم ونفس وأنفة، ،عاشت طويلا، وعميت . ينظر (تاريخ مدينة دمشق (٧٠ / ١٦٦) لأبي القاسم علي بن الحسن الشافعي-تحقيق محب الدين أبي سعيد عمر بن غرامة العمري- دار الفكر- ط١٩٩٥/١م- بيروت الأعلام للزركلي - (٨ / ٩٨).

7- أخرجه البخاري في صحيحه -بَاب إذا لم يُنْفِقْ الرَّجُلُ فَلِلْمَرْأَةِ أَنْ تَأْخُذَ بِغَيْرِ عِلْمِهِ ما يَكْفِيهَا وَوَلَدَهَا بِالْمَعْرُوفِ -رقم٥٠٤٩ (ج٥/ص٢٠٥٢).

8- الأزهار - (١ / ٨٦) .

9- نهاية ورقة ١٥٩ من(ب) .

10- الأزهار - (١ / ٨٦) .

11- حاشية شرح الأزهار - (٢ / ٥٣٦).

12- البقرة٢٣٦ .

" إِلَّا الْمُعْتَدَّةُ عَنْ خَلْوَةٍ "[1] لدخول ذلك تحت قوله "غالباً" في أول الباب.

قوله عليه السلام: " **وتسقط بِنُشُوزٍ لَهُ قِسْطٌ** "أي وتسقط عن الزوج نفقة زوجته بنشوزها مدة لها قِسطٍ في النفقة، وأما لو نشزت وقتاً يسيراً لا قِسطٍ لمثله فإنه لا يسقط بذلك شيء، والنفقة تجب في مقابلة التسليم .

قيل ح: فالعشاء في مقابلة الليل، والغداء في مقابلة النهار، وقيل ي: كلاهما في مقابلة النهار، فإذا نشزت وقتاً من الليل أو النهار له قسط من النفقة سقطت حصته منها وإن قلت، وقيل ح: إن كان قدر ثلث الليل أو ثلث النهار سقط قدر ثلث العونة، وإن كان دون الثلث لم يسقط به شيء، وقيل: إذا نشزت الزوجة في يوم ولو ساعة منه سقطت نفقة ذلك اليوم وليلته بكمالها، وكان للزوج أن يستردها إن كان قد سلمها، لأنه تبين أنها لم تستحقها ذكر معناه في شرح الإرشاد وقال: أنه الراجح ولو عادت إلى الطاعة في ذلك اليوم [2].

وقد اختلف في نشوز الصغيرة فظاهر المذهب أنه لا نشوز لها، فلا تسقط به نفقتها [وقيل: بل تسقط وقد تقدم.

وأما المجنونة فلا تسقط نفقتها بنشوزها اتفاقا، وأما المحبوسة عن الزوج التي لا يمكنها التخلص فلا تسقط نفقتها] [3] وسواء كانت محبوسة بحق أم [4] بغير حق على المختار للمذهب، وعن التخريجات تسقط، وظاهر المذهب أن نشوز الزوجة مسقط لنفقتها وإن لم تخرج من بيت زوجها، وعن الأمير م بالله وابن داعي لا تسقط إلا بالخروج هـ[5].

وأما[6] حيث امتنعت لأجل تسليم المهر الحال قبل الدخول برضاها أو رضا[7] ولي مال الصغيرة فلا تسقط نفقتها بذلك خلاف ص بالله، لقوله: "بأن الواجب تسليم نفسها أولاً" ولم يتعرض المؤلف [عليلم] [8]لقوله في الأزهار " الْعَاصِيَةُ "[9] لأن غير العاصية بالامتناع لا يسمى امتناعها نشوزاً شرعياً .

1- الأزهار - (١ / ٨٦) .
2- شرح الإرشاد (١٧٩/١) وشرح الأزهار - (٢ / ٥٣٨).
3- سقط من(أ) .
4- في (أ)"أو" .
5- شرح الأزهار - (٢ / ٥٣٨) .
6- في (أ)"فأما" .
7- في (أ)"رضى" .
8- الزيادة من (أ).
9- الأزهار - (١ / ٨٦) .

وحذف قوله "وَيَعُودُ الْمُسْتَقْبَلِ بِالتَّوْبَةِ"(١) لأنه يوهم أن المستقبل قد سقط بالنشوز وليس كذلك وإنما سقط بالنشوز ما كان يجب لها حاله لو لم تنشز لا ما وجب قبله أو بعده.

وحذف أيضاً قوله: "وَلَا يَسْقُطُ الْمَاضِي بِالْمَطْلِ وَلَا الْمُسْتَقْبَلِ بِالْإِبْرَاءِ (٢)"(٣) لاستفادة ذلك من مفهوم قوله بنشوز وإن كان مفهوم لقب(٤) كما تقدم هـــ.

قوله عليلم: " **لَا بِتَبَرُّعِ [الْغَيْرِ]** (٥) **إلَّا عَنْهُ ولَا رُجُوعَ** "أي لا حيث تبرع غير الزوج بإنفاق زوجته فإن الواجب على(٦) الزوج [لا يسقط بذلك إلا أن يتبرع عن الزوج](٧) أي سوى ذلك الإنفاق عنه فإن الواجب عن الزوج يسقط بنية التبرع عنه، وسواء كانت هي المنفقة نفسها بنية التبرع عن الزوج أم غيرها، ومن تبرع بذلك عن الزوج لم يكن له الرجوع إليه(٨) بما انفق، وسواء في ذلك الزوجة وغيرها، ولا لها أن ترجع على الزوج حيث أنفقها غيره تبرعاً عنه .

وأما إذا تبرع المنفق لا عن الزوج فانه ينظر فإن كانت هي المتبرعة لا عنه [رجعت عليه سواء نوت الرجوع عليه أم لا نية لها، وإن كان المتبرع بذلك غيرها لا عنه] (٩)فلها أن ترجع على الزوج، وليس للمنفق أن يرجع عليها ولا عليه، فإن أنفقها من إليه ولاية الإنفاق من ولي صغيرة أو حاكم بنية الرجوع عليها، فلهم أن يرجعوا عليها، وهي ترجع على الزوج، فإن نووا الرجوع على الزوج رجع الحاكم عليه حيث كان متمرداً أو غائباً(١٠) ولم يرجع الولي عليه إلا أن ينفق عليها بأمر الحاكم، وهل ترجع هي على الزوج في هذه الصورة ؟

قيل ع: لا ترجع لأنهما(١١) بنية الرجوع على الزوج قد انفقا عنه وإن بطل رجوعهما عليه.

قال في الغيث:وهو الصحيح عندي، وهو الذي في الأزهار (١٢).

1- الأزهار - (١ / ٨٦) .
2- في (أ،ب)"الابرا" .
3- الأزهار - (١ / ٨٦) .
4- في (أ)"اللقب" .
5- سقط من المخطوط" .
6- في (ب)"عن" .
7- الزيادة من (أ).
8- في (ب)"عليه" .
9- الزيادة من (أ).
10- في (أ،ب)"غايبا" .
11- في (ب) كررت مرتين .
12- الغيث المدرار ج٢(خ).والأزهار - (١ / ٨٦) وشرح الأزهار - (٢ / ٥٤١).

وقال في الياقوتة: "ويذكره الفقيه س بل لها أن ترجع، ولا خلاف في هذه المسألة[١/] إلا في هذه الصورة انتهى هـ[٢].

قوله عليه السلام " **ويصح تعجيل ولا يطلب غالباً** " أي يصح من الزوج أن يعجل لزوجته نفقتها وكسوتها لمدة مستقبلة وإن كثرت، فيسقط عنه ما عجله لها ولو فات عليها بأي وجوه الفوات فقد يرى منه بتعجيله، وليس للزوجة أن تطلب منه التعجيل بما[٣] يجب لها عليه في المستقبل ولا الحاكم أن يجبره على ذلك.

وقوله: "غالباً" احترازٌ من أن يرتد الزوج أو سيده أو وليه، حيث هو غير مكلف الغيبة في سفر ولا مال له في بلدها، فلها أن تطلب منه تعجيل ما يجب لها في مدة غيبته، أو يكفل لها بذلك كفيلاً، ويجب على الحاكم أن يلزمه ذلك، وأما ذا كان له مال باق في بلدها يمكن إنفاقها منه حال غيبته بأمر الحاكم لم يكن لها طلب التعجيل، لأن النفقة إنما تجب يوماً فيوماً، قيل أما إذا عرف منه التمرد فلها المطالبة بالتعجيل أو الكفيل مطلقاً، وقد استحسن كثير من الحكام تعجيل نفقة الأسبوع بكل حال من يتمكن من ذلك، وهو حسنٌ لما في دونه من المشقة عليها والإضرار بها والله أعلم .

قوله عليه السلام: " **وَهُوَ تَمْلِيكٌ فِي النَّفَقَةِ غَالِبًا** " يعني أن تعجيل النفقة إلى الزوجة يكون تمليكاً لها لذلك القدر المعجل، فلا يصح له أن يسترده منها، ولها فيه كل تصرف من بيع أو هبة أو غيرهما كما يتصرف المالك في ملكه، ولا يجب عليها أن ترد له ما فضل منها لكن يجب عليها حيث فوتت ما عجله لها أن تنفق نفسها مثله، أو أعلى منه لا دونه في القدر أو الصفة لما في ذلك من تفويت عرض الزوج بكثرة النفقة [عليها] [٤]أو جودتها.

وقوله: "غالباً" احتراز من نحو الصورة المذكورة، ومن صور أخر نحو أن تموت المرأة وقد عجل لها الزوج نفقة[٥/] مدة معلومة وماتت قبل انقضاء تلك المدة، فإنه يجب على ورثتها أن يردوا حصة ما بقي من المدة من النفقة، فإن كانت قد فاتت فبدلها من تركتها لأنه انكشف عدم وجوب ذلك القدر فصار بالتفويت ديناً عليها، ونحو أن يموت الزوج وقد عجل لها نفقة مدة، ومات قبل انقضائها فيجب عليها أن ترد ما زاد من ذلك

1- نهاية ورقة ١٥٣ من (أ).

2- الياقوتة ليحيى بن الحسين الحسني اليمني المتوفى (٧٢٩هـ)(مخطوط) .

3- في (أ)"لما" .

4- الزيادة من (أ).

5- نهاية ورقة ١٦٠ من (ب).

المعجل على نفقة عدتها لورثته، وكذا لو نشزت الزوجة بعد أن عجل لها نفقة فإنها ترد حصة مدة النشوز فهذه الصورة خالف التعجيل فيها التمليك[1] هــ .

وحذف قوله في الأزهار "لا الكسوة"[2] لاستفادة ذلك من مفهوم قوله وهو تمليك في النفقة، وهذا هو المذهب أن تعجيل النفقة تمليك غالباً لا تعجيل الكسوة، فليس بتمليك بل هي باقية على ملك الزوج، فلو ضاعت أو نحوه، لزمه لها الكسوة، وعليها رد ما فضل من نفقة المدة المقدرة بخلاف الكسوة، فإنها إذا بقيت بعد المدة المقدرة لم يجب عليه أن يكسوها حتى تبلى، حيث بقيت لقوتها لا للصيانة، والقول لها في ذلك مع الاحتمال وعلى هذا يجب على المعتدة رد فاضل الكسوة، حيث بقيت لا للصيانة ولا يجب رد فاضل النفقة ذكره م[بالله][3][4].

وقال ح وأبو عبد الله الداعي: لا يرد الباقي من فضلة الكسوة كالنفقة [5].

وقال ص [بالله] [6]: يتبع العرف في رد فاضل الكسوة.

وقال الإمام يحيى بن[7] حمزة[8]: التعجيل تمليك في النفقة والكسوة جميعاً فلها أن تصرف فيهما بالبيع ونحوه، بشرط أن تكسوا نفسها وتطعم نفسها مثل الذي أعطاها منهما[9]، وفي كلام الأمير ح~ ما يدل على أن تعجيل الكسوة تمليك [10].

[و] [11]قيل ح[12]: إذا فضل من النفقة فضله وأقرت الزوجة أنها بقيت للكثرة لا للتقتير كانت كالكسوة لا يطيب لها، وأما إذا لم تقر بذلك فالظاهر أنها بقيت للتقتير فتطيب لها[13] وهذا يحتمل أن تعجيل النفقة عنده ليس بتمليك كالكسوة والله أعلم [14].

1- في (أ) "الملك".
2- الأزهار - (١ / ٨٦).
3- الزيادة من (أ).
4- شرح الأزهار - (٢ / ٥٤١) .
5- البحر الزخار (٧ / ٤٠٣) .
6- الزيادة من (أ).
7- في (أ) "ابن".
8- في (ب) "ي".
9- شرح الأزهار - (٢ / ٥٤١) .
10- شرح الأزهار - (٢ / ٥٤٠) .
11- الزيادة من (ب) .
12- في (ب) "ع" .
13- في (ب) " أنها بقيت فتطيب لها للتقتير ".
14- شرح الأزهار - (٢ / ٥٣٩) .

قوله عليلم: " **وَيُنْفِقُ الْحَاكِمُ مِنْ مَالِ الْغَائِبِ لهب مُكَفِّلًا محلفاً غالباً** " يعني إذا غاب الزوج عن زوجته وجب على الحاكم أن ينفقها من ماله، ويبيع عليه العروض كما يبيعها عليه لقضاء[1] دينه.

قال بعض المذاكرين: للمذهب[2] وليس للحاكم أن يفعل ذلك إلا بعد أن يحلفها أن الزوج لم يعطها شيئاً من ذلك فإن نكلت لم يعطها شيئاً [من ذلك] [3]و بعد أن يأخذ منها كفيلاً يرد ما أعطاها إن انكشف عدم استحقاقها له، وإذا قدم الزوج فهو على حجته [4].

قال في الغيث: هذا مذهبنا وهو قول م بالله وأبي يوسف[5] ومحمد وش.

وقال ح~: لا يباع عليه العروض لنفقتها وكلامُه مبني على قوله أنّ المفلس لا يباع عليه العروض لقضاء دينه، وستأتي الحجة عليه في ذلك في بابه إن شاء الله تعالى ، ذكر معنى ذلك في الغيث [6].

لكن في البحر ما لفظه ح ~ لا تصير دينا إلا بعد الحكم فلا بيع لها، بخلاف الدين"[7].

وقد احتج أهل المذهب[8] ومن وافقهم لوجوب[9]الإنفاق من مال الغائب بما ورد في الصحيحين وغيرهما من حديث عائشة ولفظه في إحدى الروايات "أن هند بنت عتبة زوج أبي سفيان[10] قالت: يا رسول الله أن أبا سفيان[11] رجل شحيح[12] لا يعطيني من النفقة ما

1- في (أ، ب) "القضا"، وكذا في البقية .
2- في (ب) "للهب"وكذا في بقية النسخة غالباً.
3- الزيادة من (ب) .
4- شرح الأزهار - (٢ / ٥٤٢).
5- في (ب) و"ن" بدل "أبي يوسف".
6- الغيث المدرار ج٢(خ) .
7- البحر الزخار (٧ / ٤٠١) .
8- في (ب) "هب".
9- في (أ) "لوجوب" .
10- في (أ، ب) "سفين"، وكذا في البقية.
11-هو أبو سفيان بن الحارث اسمه المغيرة بن الحارث بن عبد المطلب له صحبة توفى سنة عشرين وصلى عليه عمر بن الخطاب وكان شاعرا يهجو رسول الله صلى الله عليه و سلم ثم أسلم يوم الفتح وحسن إسلامه وكان يوم حنين أخذ بلجام رسول الله صلى الله عليه و سلم حيث كان من أمر الناس ما كان. الثقات لابن حبان - (٣ / ٣٧٢).
12- الشُّحُ : أشدُّ البُخْل وهو أبلَغُ في المنع من البُخل . وقيل هو البخلُ مع الحِرْص . وقيل البُخل في أفْرَاد الأمور وآحادها والشحُ عامٌ : وقيل البُخل بالمالِ والشُّحُ بالمالِ والمعروف . يقال شَحَّ يَشُح شَحّاً فهو شَحِيح . والاسمُ الشُّحُّ. النهاية في غريب الأثر - (٢ / ١١٠٦).

يكفيني وولدي إلا ما أخذت [منه] [١]سراً وهو لا يعلم فهل علي في ذلك شيء؟ فقال:" خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف" انتهى [٢].

ولا حجة فيه لأن المعروف أنّ أبا سفيان[٣] كان حاضراً في البلد يومئذ بل قد ورد في بعض الروايات ما يدل على أنّه كان حاضراً في مجلس النبي صلى الله عليه وآله [وسلم][٤] وسيأتي تحقيق ذلك في كتاب القضاء إن شاء الله تعالى.

وقوله "غالباً" احتراز من صورتين الأولى[٥] حيث لم تجد المرأة كفيلاً فإن الحاكم ينفق عليها وإن لم تكفل، والصورة الثانية حيث تمتنع من الحلف حياءً وأنفة، ويغلب على ظن الحاكم ذلك فأنه يسقط عنها التحليف، وإنما استضعف المؤلف [عليلم] [٦] جعل ذلك للمذهب لأن أصول المذهب يقتضي بخلافه، لأن الظاهر عدم الإنفاق ولأنهم قد ذكروا أنه يعمل بقول القادمة من الغيبة كما مر وجعلوا يمينها في ذلك احتياطاً، فإذا لم يجب ذلك في مسألة القادمة فأولى أن لا يجب هاهنا لأن الظاهر في هذه عدم الإنفاق، والظاهر في تلك بقاء الزوجية وإن سلم وجوب اليمين في ذلك لم يصح قياس هذه عليها للفرق، وأيضاً فإن اليمين إنما شرعت حيث ثمة دعوى ممن له الحق، وأيضاً فلا يصح جعل ذلك الحكم ثابتاً مطلقاً، وأيضاً فلم يذكر أهل المذهب[/٧] التكفيل إلا في شيء مخصوص.

قال المؤلف: والصحيح للمذهب عدم لزوم ذلك مطلقاً، وإنما هو بنظر الحاكم، ولذلك فإن الإمام المهدي[٨] عليلم جعل في البحر التحليف والتكفيل احتياطاً، حيث قال: "وينفقها الحاكم من مال الغائب بعد تحليفها والتكفيل عليها احتياطا."[٩]هكذا نقل عن المؤلف[عليلم][١٠].

وعلى هذا يحمل ما صرح به في الزهور من وجوب التحليف، وما أطلقه في التذكرة من التحليف والتكفيل على أن ذلك حيث اقتضاه نظر الحاكم ليوافق ما صححه المؤلف [عليلم] [١١]

1- الزيادة من (أ) .

2-تقدم تخريجه صـــ٣٧٦.

3- في (أ)"سفين" .

4- الزيادة من (ب) .

5- في (أ، ب) "الاولا".

6- الزيادة من (أ) .

7- نهاية ورقة ١٥٤ من (أ) .

8- رمز له في (ب) بـــ "ه~".

9-البحر الزخار (٧ / ٤٠١) .

10- الزيادة من (أ) .

11- الزيادة من (أ) .

للمذهب والله أعلم[1].

قوله عليلم: " **ومُتَمَرِّدٍ ويَحْبِسُهُ لِلتَّكَسُّبِ** " يعني وينفق الحاكم زوجة[2] المتمرد من ماله كالغائب ويبيع عليه العروض كذلك ويجب على الزوج التحيل لنفقة الزوجة بكل ممكن من تكسب أو مسألة أو استدانة، وللحاكم أن يستدين عنه لنفقة زوجته كما له أن يقرضها من ماله، وإذا امتنع الزوج من التكسب ونحوه، حبسه الحاكم لذلك بخلاف سائر الديون، فإنه لا يلزمه الحاكم التكسب بقضائها [3] لأن نفقة الزوجة آكد من الدين بدليل قوله تعالى في نفقتها **(** عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرُهُ **)**[4][5/] وقال في الدين: **(** وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلى مَيْسَرَةٍ **)**[6].

وحذف قوله في الأزهار" وَلَا فَسْخُ "[7] إذ لم يذكره في الأزهار إلا إشارة إلى الخلاف، والمؤلف لا يتعرض لذلك كما تكرر ذكره وسيأتي ذكر الخلاف في ذلك.

قوله عليلم:" **وَلَا تَمْتَنِعَ مِنْهُ غالباً** " أي لا يجوز للزوجة أن تمتنع من مداناة[8] الزوج كانت ناشزة.

وقوله: "غالباً "احتراز من أن تمتنع منه بأمر الحاكم لمصلحة رآها[9] نحو أن يكون امتناعها أقرب إلى امتثاله للواجب، وكذا حيث كان الحبس غير مستور، أو غير خال من الناس، أو عُرف منه قصد المضارة لها ولها تحليفه ما ظنها[10] مضارة لها، وظاهر المذهب أن لها أن تمتنع من المتمرد ولو بغير أمر الحاكم، لكن تسقط بذلك نفقتها [11].

قال في الغيث:" وحاصل الكلام أن من لم ينفق على زوجته فله ثلاث حالات:

الأولى: أن يكون ذلك لتمرده عن[12] النفقة مضارة ويكون قادراً عليها، فقال في الشرح:"[و][13]

1- الزهور على اللمع (خ) و التذكرة (ص٣١٦) .
2- الصحيح "لزوجة " .
3- في(أ) "لقضائها" .
4- البقرة:٢٣٦.
5- نهاية ورقة ١٦١ من (ب).
6- البقرة٢٨٠.
7- الأزهار - (١ / ٨٦) .
8- في (أ) "مدانات".
9- في (أ،ب) "راها".
10- في (أ) "ما طلبها".
11- شرح الأزهار - (٢ / ٥٤٢) .
12- في (أ) "من".
13- الزيادة من (ب) .

لا فسخ بينهما بالإجماع والعلة أنه يمكن إجباره[١].

قال في الانتصار:" فإن لم يمكن إجباره فسخ على قول من أثبت الفسخ [٢].

الحالة الثانية: أن يكون ذلك لغيبته.

قال[٣]في الشرح: لا يفسخ بالإجماع وجعل هذا حجة عليهم [٤]، وقال في الانتصار:"يفسخ

وحكاه في مهذب الشافعية[٥] عن بعضهم وإلا فقد أطلق قيد أنه لا فسخ[٦] لأنه إنما يفسخ للإعسار ولم يثبت الإعسار في الغيبة هـ[٧].

الحالة الثالثة: أن لا ينفق للإعسار فمذهبنا أنه يتكسب فإن توانى فرق بينه وبين مداناتها فإن عجز من غير توان فقال الفقيه ح[٨]:لا يفرق بينهما.

وقال في الانتصار: إذا أعسر بالنفقة ولم يقدر على التكسب فللمرأة ثلاثة خيارات:

الأول: أن تمكنه من الاستمتاع ونفقتها في ذمته.

الخيار الثاني: أن تمنع منه نفسها ولا تستحق نفقة [الخيار] [٩].

الخيار الثالث: الفسخ.

وقد اختلفوا في الفسخ للتمرد والغيبة والإعسار على قولين:

الأول: مذهبنا أنه لا يفسخ [١٠]، وهو مذهب القاسمية، والحنفية [وأحد قولي ش] [١١][١٢].

القول الثاني: أنه يفسخ للإعسار، وقد ذهب إلى هذا القول من الصحابة علي وعمر وأبو هريرة، ومن التابعين [الحسن] [١٣]وابن المسيب وحماد وربيعة، ومن الفقهاء ك وأحمد وهو

1- الجامع في الشرح (خ) .
2- الانتصار على علماء الأمصار ج٥ (خ) .
3- في (أ) "فقال".
4- الجامع في الشرح (خ) .
5- في (ب) "الشافعي".
6- في (ب) "لا يفسخ".
7- الغيث المدرار ج٢(خ) .
8- في (ب) " فقيل ح ".
9- الزيادة من (أ) .
10- في (ب) " لا يصح ".
11- في (ب) " وقول للش "بدل ما بين المعقوفين.ورمز للشافعي بـــ ش .
12- الهداية شرح البداية - (٢ / ٤١)و روضة الطالبين (٩ / ٧٢) .
13- الزيادة من (أ) .

المشهور للشافعي، واختاره الإمام ح في الانتصار، واختلف أصش[١] إذا أعسر ببعض النفقة أو بنفقة[٢]الخادم[٣] أو بالكسوة، أو بالسكنى هل يفسخ أم لا ؟ [٤]

ثم قال ك: يفسخ بطلقة[٥] رجعية فإن أيسر في العدة عادت زوجة له [٦].

وقال الليث: تطليقة باينة، وغيرهما يقول بالفسخ من غير طلاق [٧].

[و][٨] الحجة للمذهب الكتاب والسنة والقياس، أما الكتاب فقوله تعالى "(وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْساً إِلَّا مَا آتَاهَا)[٩].

وأما السنة فلم يرو أن النبي صلى الله عليه وآله [وسلم] [١٠] فسخ نكاحاً لمعسر مع إعسار كثير من الصحابة رضي[١١]الله عنهم وأما القياس فعلى الغائب والمتمرد.

واحتج الآخرون بالكتاب والسنة والقياس، فمن الكتاب قوله تعالى:(فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ)[١٢] وإذا تعذر المعروف تعين[١٣]التسريح [بينهما] [١٤]، ومن القياس أنها تلحقها المضرة بترك الإنفاق فأشبه ذلك سائر العيوب التي يفسخ بها، ويمكن الجواب عما ذكروه، أما الآية فليس فيها أكثر من أن الزوج مأمور بالتسريح إذا لم يمسكها بالمعروف، وليس فيه دلالة على فسخ الحاكم ثم لا نسلم أن المعسر العاجز غير ممسك بالمعروف،وأما الخبر فيحتمل مراده أنه يمنع من مداناتها، وأما القياس على العيوب فلا وجه له وإلا لزم أن تكون هي التي تفسخ، ولا يحتاج إلى فسخ الحاكم إلا مع المشاجرة كالعيوب انتهى [١٥].

1- رمز لأصحاب الشافعي.
2- في (ب)" سقط الواو من كلمة أو نفقه " .
3- في (ب)" زيادة "كم" وليست مستقيمة " .
4- بداية المجتهد - (٢ / ٤٢)و روضة الطالبين (٩ / ٧٢) والانتصار على علماء الأمصار ج٥ (خ) .
5- في (ب)" بتطليقة " .
6- جامع الأمهات لابن الحاجب المالكي (١ / ٢٢٢) .
7- شرح الأزهار - (٢ / ٥٤٣).
8- الزيادة من(ب) .
9- الطلاق:٧ .
10- الزيادة من(ب) .
11- في (ب)رمز "رض" .
12- البقرة :٢٢٩ .
13- في (ب) " بغير ".
14- الزيادة من(أ) .
15- الغيث المدرار ج٢(خ) .

واحتج القائلون[1] بالفسخ أيضاً بأن النفقة عوض الاستمتاع بدليل سقوطها بالنشوز، فإذا بطل العوض بطل المعوض كالبيع حكى[2] ذلك في البحر مع تقدم ثم قال قلت وهو قوي كلو طرأ[3] عليه عيب منفر هـ[4].

فـــرع : على القول بالفسخ وإذا نكحت[5] وهي عالمة بعجزه لم يبطل خيارها إذ[6] يجوز أن يحتال أو يقترض، والفسخ إلى الزوجة إذ يختص بها لا إلى ولي الصغيرة ونحوها، ولا إلى سيد الأمة وإن[7] كان هو المستحق حيث سلمها مستداماً لكن يسقط عن السيد نفقتها حيث لم يفسخ هي ولهم في وقت الفسخ وجوه من وسط النهار إذ لا يعتاد التأخير إليه، أو بعد يوم وليلة ليستقر الحق إذ تزاد النفقة لليوم أو بعد ثلاث لتحقق العجز أو هو موضع اجتهاد [8]للحاكم إن كان ولا تساقط نفقتها ديناً عليها له [إن كانت معسرة ولا يستثنى قوت اليوم للمعسر وعن بعضهم لا يفسخ بالإعسار] [9] بل يحبس حتى يطلق، وإلا طلق عنه الحاكم فإن راجع طلق ثالثة والأول أصح عندهم حكى معنى ما تضمنه هذا الفرع عنهم في البحر[10].

فـــرع: لهم والعجز عن الكسوة أو بعضها، أو عن المسكن كالعجز عن النفقة في اقتضاء الفسخ، وكذا العجز عن المهر إذا كان قبل الوطء ولم تكن قد قبضت بعضه، وإلا فلا.

قالوا: ويخير الحاكم بين أن يفسخ هو [أو يأمرها فتفسخ] [11]،أو يأمر غيرها، وذلك بعد إمهال المعسر[12] ثلاثاً على الأصح، وليس له منعها في مدة الإمهال من الخروج[/13] إذ يحتاج إلى الخروج لتحصيل النفقة بالتكسب[14] أو[15]السؤال، لأن التمكين والطاعة في مقابلة النفقة فإذا لم يوفها ما عليه لم تستحق الحجر عليها .

1- في(أ، ب) "القايلون" .
2- في (ب) "حكا" .
3- في (ب)" طرى" .
4- البحر الزخار (٧ / ٤١٤) .
5- في(ب) "تكحت" .
6- في(ب) "أو" .
7- في(أ) "إذا" .
8- في(ب) زيادة "و" .
9- الزيادة من(ب) .
10- البحر الزخار (٧ / ٤١٤) .
11- الزيادة من(أ) .
12- في(ب)"الامهال للمعسر" .
13- نهاية ورقة ١٥٥ من(أ) .
14- في(أ)"بالكسب" .
15- في(ب)"و" .

تنبيـــــهٌ: في الحديث الذي استدلوا به على صحة الفسخ قال[1/] في التلخيص: حديث أبي هريرة أنه صلى الله عليه وآله قال في الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته أنه يفرق بينهما، ويروى من أعسر بنفقة امرأته فرق بينهما.

وسئل سعيد بن(٢) المسيب عن ذلك فقال: يفرق بينهما، فقيل: سنة؟ فقال: نعم سنة.

أما حديث أبي هريرة فرواه الدار قطني والبيهقي من طريق عاصم(٣) عن أبي صالح(٤) عن أبي هريرة،(٥) وأعله أبو حاتم(٦) (٧).

وأما قول سعيد بن المسيب فرواه ش عن سفيان(٨) عن أبي الزناد(٩) قال: قلت لسعيد بن المسيب فذكره(١٠)، ورواه عبد الرزاق [عن الثوري عن يحيى بن سعيد(١١) عن سعيد بن المسيب ،قوله ولم يقل من السنة،

قال: والرواية الأولى أعلها ابن القطان

1- نهاية ورقة ١٦٢ من(ب) .

2- في(أ)"ابن" وكذلك في بقية النسخة .

3- هو عاصم بن أبي النجود الإمام الكبير مقرئ العصر، أبو بكر الاسدي مولاهم الكوفي واسم أبيه بهدلة، وقيل: بهدلة أمه، وليس بشئ، بل هو أبوه، مولده في إمرة معاوية بن أبي سفيان ،انتهت إليه رئاسة الاقراء بعد أبي عبدالرحمن السلمي شيخه، ، وكان أحسن الناس صوتا بالقرآن حتى كأن في حنجرته جلاجل. توفي في آخر سنة سبع وعشرين ومائة. (سير أعلام النبلاء - (٥ / ٢٥٦).

4- هو ذكوان أبو صالح السمان الزيات المدني روى عن سعد وأبي الدرداء وأبي هريرة وعائشة وخلق وعنه بنوه سهيل وصالح وعبد الله وعطاء بن أبي رباح والأعمش وخلائق ، قال ابن المديني ثقة ثبت وقال ابن سعد كثير الحديث مات بالمدينة سنة إحدى ومائة . إسعاف المبطأ (١ / ٩).

5- أخرجه الدار قطني في سننه– باب المهر - رقم١٩٤ (٣ / ٢٩٧). والسنن الكبرى للبيهقي -باب الرجل لا يجد نفقة امرأته - رقم ١٥٤٨٥. (٧ / ٤٦٩) وضعفه الألباني في الإرواء (٧ / ٢٢٩).

6- انظر البدر المنير - (٨ / ٣٠٥). وإرواء الغليل - (٧ / ٢٢٩).

7- هو أبو حاتم الرازي وابنه محمد بن إدريس بن المنذر بن داود بن مهران، الإمام الحافظ، الناقد، شيخ المحدثين، الحنظلي الغطفاني، كان من بحور العلم، طوف البلاد، وبرع في المتن والإسناد، وجمع وصنف، وجرح وعدل، وصحح وعلل،مولده سنة خمس وتسعين ومائة. ومات في شعبان، سنة سبع وسبعين ومائتين. سير أعلام النبلاء - (١٣ / ٢٤٧).

8- في(أ،ب)"سفين" .

9- هو عبدالله بن ذكوان أبو عبد الله ويلقب بأبي الزناد وهو مولى رملة بنت شيبة بن ربيعة بن عبد شمس المدني أخرج البخاري في الإيمان والحدود وغير موضع ، مات سنة إحدى وثلاثين ومائة في آخرها قال أبو حاتم أبو الزناد ثقة صالح الحديث فقيه صاحب سنة تقوم به الحجة إذا روى عنه الثقات . التعديل والتجريح - (٢ / ٨١٨)

10- مسند الشافعي- كتاب أحكام القرآن - رقم ١٢٧٣ (١ / ٢٦٦).

11- هو أبو سعيد يحيى بن سعيد بن قيس بن عمرو الأنصاري وقال بعضهم قيس بن فهد ولا يصح قاضي المدينة سمع أنس بن مالك وسعيد بن المسيب والقاسم وسالما قال يحيى بن سعيد القطان مات يحيى بن سعيد سنة ثلاث وأربعين مائة.(التاريخ الكبير (ج ٨ / ص ٢٧٥) .

وابن المواق[1]] [2] إلى آخر ما ذكره وحاصله أن اللفظ المنسوب إلى أبي هريرة إنما هو من قول ابن المسيب وإنما وهم فيه الدار قطني والبيهقي والله أعلم [3].

قولـــه عليلم: " **والْقَوْلُ لِمَنْ صَدَّقَتْهُ الْعَدْلَةُ ومؤنتها[4] لهب عَلَى الطَّالِبِ** " يعني أن الزوجة إذا شكت تضييق الزوج عليها في النفقة وضعت عند عدلتين، عدلة من النساء ويكون القول لمن صدقته [تلك] [5]العدلة من الزوجين في النفقة والعشرة مع يمينه وتجب نفقة العدلة على من طلبها منها، فإن طلبها الزوج أنفقها وإن طلبتها الزوجة أنفقتها .

قيـــل ع[6] س هذا إذا لم يكن [ثمة] [7]بيت مالٍ، وإن كان ثمة بيت مال فنفقتها منه كأجرة السجان.

قال في الغيث: "الأولى أن تكون كالقسام فيكون نفقتها عليهما جميعاً انتهى [8].

قيل: ومن طلب العدلة منهما فطلبه الآخر اليمين ما قصد الضرار بذلك لزمه[9] اليمين[10].

قوله عليلم: " **ولمنكر خلاف الظاهر في الإنفاق وتوابعه** " أي والقول لمنكر خلاف الظاهر منهما مع يمينه، والبينة على الآخر، فعلى هذا إذا كانت الزوجة مطيعة في الحال وادعى[11] عليها أنها كانت نشزة[12] فأنكرت ذلك، أو أقرت، واختلفا في قدر مدة النشوز، فالقول لها في نفي النشوز رأساً إن أنكرته، وفي قدره إن أقرت [به] [13].

واختلفا في مدته، فعلى هذا إن لم يؤرخ وقت نشوزها بل قالت كنت نشزت ورجعت لم يسقط شيء من نفقتها، لجواز أن نشوزها كان قبل كلامها بيسير، وإن أرخت فقالت:

1- هو محمد بن يحيى بن أبي بكر، أبو عبد الله المرّاكشي، إمام في الحديث، من تلاميذ ابن القطان الفاسي، وله مصنفات منها: «المآخذ الحفال السّامية..» في انتقاد كتاب شيخه «بيان الوهم والإيهام» لم يكمل ت (٦٤٢هـ). انظر: «الإعلام بمن حلّ مرّاكش وأغمات من الأعلام»: (٢٣٢/٤).

2- سقط من(أ) .

3- التلخيص الحبير - (٤ / ١٩).

4- في (ب) "مونتها" .

5- الزيادة من(أ) .

6- في(ب)"ح" .

7- الزيادة من (أ).

8- الغيث المدرار ج٢(خ) .

9- في (أ)"لزمته".

10- الزهور على اللمع (خ) و ينظر حاشية شرح الأزهار - (٢ / ٥٤٤).

11- في (أ،ب) "ادعا ".

12- في (أ،ب)" نشزت" .

13- الزيادة من (ب).

نشزت أول رجب مثلاً ورجعت آخره، وكان في رمضان، وقال: بل رجعت آخر شعبان فالقول قولها لما كانت مطيعة في الحال، ذكره الفقيه س.

ووجه ما أشار إليه المؤلف من أن ظاهر حالها عند التداعي يشهد لها ، وقيل ف[١]: يحتمل أن يقال [قد] [٢]اتفقا على حصول المسقط وهي تدعي الوجوب، فعليها البينة، لأنه يستصحب النشوز، قال: ويحتمل أن يقال هذه المسألة تستند إلى أصلين:

الأول: لزوم النفقة، والآخر السقوط وهو النشوز، فيأتي الخلاف هل ترجع إلى الأصل الأول أو الثاني ؟

قال: في الغيث الذي ذكره الفقيه س أقرب [٣].

وأما إذا كانت عاصية في الحال، فالقول قول الزوج، لأن الظاهر معه قياساً على مسألة مستأجر العبد إذا ادعى[٤] إباقة بعض المدة، فإن القول قوله إن كان وقت الدعوى أبقاً[٥] كما سيأتي.

وكذا حيث كانت الزوجة في غير بيت الزوج بإذنه، وأنكرت إنفاقه عليها مدة ما هي في غير بيته، فالقول قولها في ذلك، لأن الظاهر معها، فإن اختلفا في الإذن وعدمه، قيل: فيحتمل أن القول قوله، ويحتمل أن يأتي فيه الخلاف بين الهادي[٦] وم بالله، فالهادي يقول: الأصل عدم الإذن [فالقول قوله] [٧]، و م بالله يقول الأصل وجوب النفقة، فالقول قولها[٨]، وأما إذا كانت في بيت الزوج فالقول قوله، لأن الظاهر أنه منفق عليها، ولا فرق في ذلك بين المكلفة وغيرها في الطرفين كليهما.

وكذا لو قال: ولدت بعد الطلاق فلا نفقة لك، وقالت: بل قبله فالقول لها، لأن الأصل وجوب النفقة، وإنما قال في هذا الموضع ولمنكر خلاف الظاهر، ولم يقل خلاف الأصل كما تقدم، لأن من الأمور المذكورة ما ليس له أصل يرجع إليه، وإنما يرجع إلى الظاهر وعدمه كما تقدمت الإشارة إليه [٩].

1- في (ب)"س".
2- الزيادة من (أ).
3- الغيث المدرار ج٢(خ) .
4- في (أ)"ادعا".
5-أي: هارباً .
6- في (ب) رمز للهادي بــ "ه~" وللمؤيد بالله كما أسلفنا.
7- الزيادة من (ب).
8- في(أ)"لها".
9- حاشية شرح الأزهار - (٢ / ٥٤٥).

وحذف قوله في الأزهار:"ومُطَلَّقَةٍ وَمُغِيبَةٍ وَتُحَلَّفُ"[1] لأن المختار خلاف هو ما تقدم من التفصيل فلا وجه لإطلاق أن القول لهما، وذلك وجه تضعيف هذا القول في الأزهار.

قال في الغيث: "وظاهر كلامهم أن القول قول المطلقة والمغيبة، سواء كانت في بيته أم لا.

قلت: أما المغيبة فنعم إذا ادعت أنها معدمة في الحال، وأما إذا ادعت عدمها في أيام قد مضت وهو غائب وهي باقية في بيته، فالظاهر خلاف ذلك أعني أنه أنفقها، وأما المطلقة إذا كانت في بيته فالظاهر الإنفاق، وقد ذكره الفقيه س ولهذا أشرنا إلى ضعف الإطلاق بقولنا قيل انتهى[2].

1- الأزهار - (١ / ٨٦) .

2- الغيث المدرار ج٢(خ) .

"فَصْــــــلٌ"

ونَفَقَةُ الْوَلَدِ غَيْرِ عَاقِلٍ عَلَى أَبِيهِ كيف كانا [عين] [١] **غالباً** أي تجب نفقة الولد إذا كان[٢] غير عاقل لصغر أو جنون على أبيه، سواء كانا مسلمين أم ذميين أم مختلفين موسرين أم معسرين، إذا كان للأب كسب أو دخل من[٣] حرفة أو غلة وقف، أو نحو ذلك، وسواء كان جنون الولد الكبير أصلياً أم طارئاً .

وقوله "غالباً" احتراز من أن يكو الأب عاجزاً عن التكسب ولا دخل له، أو كان كافراً حربياً لانقطاع الأحكام بين المسلمين والحربيين، فلا تكون النفقة عليه في هاتين الصورتين، وهذا على أصل[/٤] الهادوية أن نفقة الولد غير العاقل على أبيه من دون تفصيل.[٥]

قوله عليه السلام[٦]: " **وتفصيل عند م بالله** " وذلك أن مذهب م بالله والناصر والفريقين[٧] أن نفقة الولد إنما تجب على أبيه إذا كان معسراً، وأما إذا كان موسراً فنفقته في ماله، وكذا نفقة والده إذا كان معسراً ولو كان يتمكن من التكسب [٨].

حجة الهادوية[٩] قوله تعالى**(** فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ **)**[١٠] ووجه الاستدلال بها دليلها على وجوب كفاية مؤن الأولاد بطريق الأولى، إذ هي[١١] أهم وأقدم من أجرة الرضاع، وقوله صلى الله عليه وآله [وسلم] [١٢] في حديث هند "خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف"[١٣] ولم يفصل في الآية، والخبر بين كون الولد معسراً أم موسراً[١٤] .

ووجه قول م بالله ومن وافقه: القياس على الكبير الموسر بجامع اليسار فلا يلزم الأب إنفاقه، وقواه في البحر [١٥]

1- الزيادة من (ب).
2- في (ب)"كانا".
3- في (ب)"في".
4- نهاية ورقة ١٦٣من (ب).
5- شرح الأزهار - (٢ / ٥٤٦).
6- في (أ)"عليلم".
7- في(ب) رمز للمؤيد بالله بـــ "م" والناصر بـــ "ن" والفريقين بـــ "قين".
8- شرح الأزهار - (٢ / ٥٤٦) .
9- في (أ، ب)"الهدوية "وكذا في بقيتهما .
10- سورة الطلاق آية :٦.
11- في (ب) "هم".
12- الزيادة من (ب).
13-سبق تخريجه صـــ٣٧٦ .
14- في (أ) "موسراً أم معسراً".
15- البحر الزخار (٧ / ٣٨٦).

واختاره المؤلف [عليلم] [١]كما أشار إليه[عليلم] [٢][في الأثمار][٣].

وحيث كان الأب معسراً لا كسب[٤] له وولده صغير موسر، فقوامهما من مال الصغير إجماعاً، وإلى ذلك أشار المؤلف [عليلم] [٥]بقوله " **ثُمَّ فِي مَالِهِ** "[٦/] ولا شيء على الأم ولا غيرها حيث الصبي موسر.

وقوله: " **ثُمَّ عَلَى الْأُمِّ قَرْضًا لِلْأَبِ** " معناه ثم إذا كان الأب معسراً ولا كسب له ولا مال للولد الصغير، كانت نفقته واجبة على أمه[٧] على جهة القرض، لأبيه فقط فإن[٨] كان الأب قد هلك انتقل الوجوب إلى أم الصبي وعصبته حسب الإرث ، هذا ظاهر كلام ض[٩] زيد وهو قوله أبي يوسف[١٠] ومحمد [١١].

وقيل ل: لا يكون إنفاق الأم قرضاً للأب إلا إذا كان له كسب وأما إذا لم يكن قادراً على التكسب كان وجوده كعدمه، وهو ظاهر كلام اللمع[١٢] والأرجح كلام ض زيد إنما يرجع بذلك على الأب حيث نوت الرجوع وأنفقت بإذن الحاكم، إذا كان موجوداً في الناحية وإلا لم يعتبر ذلك [١٣].

وقال م بالله وأصحاب ش: إذا كان الأب معسراً غير متكسب كان نفقة الصغير غير الموسر على أمه، ولا تكون قرضاً للأب [١٤].

حجة أهل المذهب أن الله سبحانه[١٥] أوجب أجرة الرضاع على الأب بقوله﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾[١٦] وأطلق ولو وجبت عليها نفقته لما استحقت أجرة على إرضاعه، ولأن الأب انفرد بمزية التعصيب والولاية.

1- الزيادة من (أ).
2- الزيادة من (أ).
3- الزيادة من (ب).
4- في (ب)"لكسب".
5- الزيادة من (أ).
6- نهاية ورقة ١٥٦من (أ).
7- في (أ)"أنه" وهو تحريف.
8- في (ب)"وإن".
9- المقصود بــ "ض" القاضي.
10- في (ب)"ف~".
11- الاختيار لتعليل المختار - (٤ / ١٢) و شرح الأزهار - (٢ / ٥٤٧) .
12- اللمع في فقه أهل البيت (خ) .
13- شرح الأزهار - (٢ / ٥٤٧).
14- شرح الأزهار - (٢ / ٥٤٧) .
15- في (أ)"سبحنه".
16- سورة الطلاق آية :٦.

وحجة الفقيه ل أن نفقة الولد الصغير كنفقة سائر الأقارب، تسقط بالإعسار والعجز لا كنفقة الزوجة .

وحجة م بالله كحجة الفقيه ل، وقوله تعالى ﴿ لاَ تُضَآرَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا ﴾(١) وإذا لم ينفق عليه فقد أضرت به.

قال في الغيث:" قلت لكن يلزم [م بالله] (٢) أن تكون نفقته على الورثة حسب الإرث والأم من جملتهم، وأما الآية فهي محتملة للإنفاق وغيره (٣).

قولـــه عليلم: " **وعاقل معسر عليهما حسب الإرث** " معناه وإن كان الولد بالغاً عاقلاً معسراً كان قوامه على أبويه الموسرين، حيث لا ولد على الأب ثلثان وعلى الأم ثلث، فإن كان أحدهما معسراً سقطت حصته ولزمت الموسر حصته فقط، وإن كان للولد العاقل ولد معسر لم يكن على كل من أبويه الموسرين إلا حصته حسب الإرث على قول المنتخب (٤)، وإن كان موسراً فسيأتي حكمه قريباً [إن شاء الله تعالى] (٥)وإن لم يدخل الولد العاقل في عموم الآية الدالة على وجوب نفقة الأولاد لأنه مخصوص من عمومها بالإجماع، وأما الولد الكبير غير العاقل فمذهب الهادوية أنه كالصغير كما تقدم سواء كان جنونه أصلياً أم طارئاً، وأما م بالله فله في الجنون الطارئ قولان مبنيان على أن ولايته عليه، هل تعود بعد بطلانها فيجب عليه نفقته، أولا تعود فلا يجب؟ والمذهب أنها تعود فيجب النفقة كما تقدم .

قوله [عليه السلام] (٦): " **ووالد معسر ولو كافراً أو ذا أب على ولد موسر ولو كان كافراً أو صغيراً** " حاصله أن نفقة الوالد المعسر تجب على ولده الموسر ولو كان أحدهما مسلماً والآخر ذمياً أو كان الولد صغيراً ولا يجب على أبويه له شيء مع وجود ولده الموسر، والحجة على ذلك أن حق الأب على الابن آكد من حق الابن على الأب، بدليل قوله صلى الله عليه وآله [وسلم] (٧) "أنت ومالك لأبيك" ولفظه فيما أخرجه أبو داود من رواية ابن عمرو بن(٨) العاص أن رسول الله صلى الله عليه وآله [وسلم] (٩) "أتاه رجل فقال يا

1- البقرة :٨٣ .
2- الزيادة من (أ).
3- الغيث المدرار ج٢(خ) .
4- المنتخب - (٣٧٢).
5- الزيادة من (أ).
6- الزيادة من (ب).
7- الزيادة من (ب).
8- في (أ) "ابن " .
9- الزيادة من (ب).

رسول الله إن لي مالاً ووالداً وإن أبي يحتاج مالي فقال أنت وَمَالُكَ لِوَالِدِكَ[1] إِنَّ أَوْلَادَكُمْ من أَطْيَبِ كَسْبِكُمْ فَكُلُوا من كَسْبِ أَوْلَادِكُمْ " [2] انتهى .

[و] [3]قوله [عليلم] [4]"م [5] **مطلقاً** " يعني أن نفقة الأب المعسر تجب في مال ولده الصغير الموسر مطلقاً على قول م بالله، سواء كان الأب يقدر على التكسب أو لا وهو اختيار المؤلف [عليلم] [6] كما تقدم [7].

وأما على قول الهادوية فلا يستحق الوالد المتكسب[8] نفقة ً في مال ولده الصغير بل يجب عليه أن يكتسب[9] لنفسه ولولده الصغير ولو [كان][10]موسراً كما تقدم، وذلك هو المنصوص عليه في كتب المذهب جميعها، وإنما عدل المؤلف عن عبارة الأزهار لإيهام ظاهرها ما توهمه النجري فذكره في شرحه وهو أن نفقة الأب تجب من مال ولده ولو كان متكسباً[11] وأنه ينفق نفسه من مال ولده الصغير [12/] ويتكسب[13] لنفقته وهذا لا تقول به الهادوية ولا م بالله كما لا يخفى [14].

وإذا كان للأب عدة أولاد موسرون كانت نفقته عليهم جميعاً، فإن كان بعضهم معسراً كان قوامه كله على الموسر ولو واحداً لحرمة الأبوه، بخلاف سائر الأقارب فإن خصه المعسر منهم تسقط على قول المنتخب كما سيأتي.

وإنما لم تسقط نفقة الأب الكافر لحرمة الأبوه وقوله تعالى**(** وَصَاحِبْهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفاً **)**[15]،

1- في (ب) " لأبيك " .

2- أخرجه أبو داود في سننه -كتَاب الطَّهَارَة -بَاب في الرَّجُلِ يَأْكُلُ من مَالِ وَلَدِه رقم ٣٥٣٠. بلفظ " أَنَّ رَجُلًا أتى النبي r فقال يا رَسُولَ اللَّه إِنَّ لي مَالًا وَوَلَدًا وَإِنَّ وَالدي يَحْتَاجُ مَالي قال أنت وَمَالُكَ لوَالدكَ إِنَّ أَوْلَادكُمْ من أَطْيَب كَسْبِكُمْ فَكُلُوا من كَسْبِ أَوْلَادكُمْ "(ج٣/ص٢٨٩) قال عنه الألباني: حسن صحيح أنظر (صحيح وضعيف سنن أبي داود - رقم ٣٥٣٠.

3- الزيادة من (أ).

4- الزيادة من (أ).

5- رمز للمؤيد بالله .

6- الزيادة من (أ).

7- شرح الأزهار - (٢ / ٥٤٩) .

8- في (أ) "المكتسب".

9- في (ب) "يتكسب".

10- الزيادة من (أ) .

11- في (أ) "مكتسباً".

12- نهاية ورقة ١٦٤ من (ب) .

13- في (ب) "يكتسب".

14- شرح النجري (خ) و البيان الشافي لابن مظفر(٤٣٣/٢) .

15- لقمان :١٥.

وقوله تعالى(وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَاناً)[١] ولم يفصل، وكذا يلزم الأب الكافر نفقة ولده الصغير المسلم بإسلام أمه[٢] لقوله تعالى (لاَ تُضَآرَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا)[٣].

فـــــرعٌ: وإذا[٤] تعدد الأب كما في حق الولد المدعى[٥] فعليه لكل أب نفقة كاملة إذا كان موسراً بذلك، لأنه ابن لكل فرد فإن لم يجد إلا لواحد أو نحو ذلك، وزع بينهم، وذلك اتفاق، وإن كان صغيراً أو معسراً فعلى آبائه له نفقة واحدة عند ع~،إذ مجموعهم أبٌ، وعند م بالله والناصر على كل واحد منهم نفقة وقد تقدمت هذه المسألة في مسألة الأمة المشتركة.[٦]

فـــــرع:والأم المعسرة كالأب في وجوب نفقتها على ولدها على التفصيل المتقدم عند العترة والفريقين.

قيل: ولو قدرت على التكسب، وعند ك لا تجب نفقتها مطلقاً لعدم الدليل [٧].

لنا قوله تعالى:(وَصَاحِبْهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفاً)[٨] ونحوها[٩] سلمنا فمقيسة على الأب بطريق الأولى، وكذا الخلاف في الجدات ومن لم يجد إلا لأحد أبويه فوجوهٌ:

الأب أولى لولايته والانتساب إليه .

الثاني: الأم [أولى] [١٠] لما ورد في الصحيحين من رواية أبي هريرة أنّ رجلاً أتى[١١] النبي صلى الله عليه وآله[وسلم] [١٢] فقال:[١٣]أيّ الناس أَحَقُّ بِحُسْنِ صَحَابَتِي قال أُمُّكَ قال ثُمَّ من قال أُمُّكَ قال ثُمَّ من قال أُمُّكَ قال ثُمَّ من قال أَبُوكَ " [و] [١٤] رواه أبو داود والترمذي

1- البقرة :٢٣٣ .
2- في (أ) "أحد أبويه".
3- البقرة :٨٣ .
4- في (أ) "فإذا".
5- في (أ) "المدعا".
6- شرح الأزهار - (٢ / ٣٦٧) .
7- الحاوي الكبير ــ الماوردي - (١١ / ١١١١)وتهذيب المدونة - (١ / ٤٢٠) .
8- لقمان :١٥.
9- في (ب) " ونحوهما".
10- الزيادة من (ب).
11- في (أ،ب)"أتا".
12- الزيادة من (ب).
13- أخرجه البخاري في صحيحه- كتَاب الْأَدَبِ -بَاب من أَحَقُّ الناس بِحُسْنِ الصُّحْبَةِ رقم٥٦٢٦. بلفظ "يا رَسُولَ اللَّهِ من أَحَقُّ الناس بِحُسْنِ صَحَابَتِي قال أُمُّكَ قال ثُمَّ من قال ثُمَّ أُمُّكَ قال ثُمَّ من قال ثُمَّ أُمُّكَ قال ثُمَّ من قال ثُمَّ أَبُوكَ "(ج٥/ص٢٢٢٧).
14- الزيادة من (ب).

بلفظ فقال:" من أَبَرُّ قال أُمَّكَ "[١] الحديث والوجه والله أعلم امتيازها على الأب بالحمل والوضع والرضاع والتربية مع مزيد عجز المرأة وضعفها.

الثالث: يوزع بينهما.

فـــــرع: ومن له ولد صغير ووالد عاجز معسر، ولا يجد إلا لأحدهما فوجوه:

الأب أولى لحرمته إذ لا يقاد بولده.

الثاني: الابن لثبوت نفقته بالنص.

الثالث: يوزع بينهما إذ في كل منهما مرجح.

فـــــرع[٢]: حذف قوله في الأزهار" وَلَا يَلْزَمُ أَنْ يُعِفَّهُ "[٣] لأن الباب إنما هو معقود لذكر النفقات وليس الاعفاف منها.

وفي لزوم إعفاف الأب المعسر خلاف، فالمذهب وهو قول ح، وأحد قولي ش[٤]لا يلزم الابن ذلك كما لا يلزم الأب إعفاف ولده، وعلى القول المشهور[/٥] للشافعي واختاره الإمام ح يلزم ذلك إذ تصير[٦] عفته[٧] كالنفقة[٨].

قلنا:النفقة لقوام الروح وهذه اللذة[٩] كالطيب، فالوالدين[١٠] كالروح، قلنا: لا نسلم وإلا لزم مثله في الابن وغيره.

فـــــرعٌ: لهم والخيرة للأب فمن يعفه[١١] من نكاح أو تسر، ولا ينكحه أمةً ولا بشَوْهاء[١٢] ولا عجوزاً، لفوات المقصود.

قالوا: وإذا أيسر بعد قبضه مالاً من ابنه ليتزوج به لم يلزمه ردهُ،

1- أخرجه أبو داود في سننه -كتَاب الْأَدَبِ - بَاب في برِّ الْوَالِدَيْنِ -رقم٥١٣٩ (ج٤/ص٣٣٦). و الترمذي في سننه -كتَاب الْبِرِّ وَالصِّلَةِ -بَاب ما جاء في برِّ الْوَالِدَيْنِ -رقم١٨٩٧ (ج٤/ص٣٠٩).والحديث صحيح كما قال الألباني في الإرواء (٣ / ٣٢١).

2- في (ب) " نعـــــم ".
3- الأزهار - (١ / ٨٧) .
4- في (ب) رمز لأحد قولي الشافعي بـــ" قش ".
5- نهاية ورقة ١٥٧ من (أ).
6- في (أ) "يستضر ".
7- في (أ) "لعقده ".
8- الحاوي الكبير للما وردى (١١ / ١١١٠) والبحر الزخار (٧ / ٤٤٠)و شرح الأزهار(٢ / ٥٤٨).
9- في (ب) "هذا للذة ".
10- في (ب) "قالوا الوالدين ".
11- في (أ) "يصفه".
12- في (أ،ب) "بشوها ".

إذ[1] قبضه مستحقاً له كالزكاة[2]، ومتى طلق أو أعتق لم يلزم الابن التعويض، فإن ماتت[3] فاحتملان: أقواهما لزوم التعويض .

فـــــرعٌ: لهم وإذا كان للأب المعسر زوجة، أو أم ولد لزم ولده كفايتها كما يلزمه اعفافه، فلو كان له زوجتان، أو زوجة وأم ولد لم يلزمه إلا كفاية واحدة، والأب يوزع بينهما، وللزوجة الفسخ لذلك[4] فإن فسخت إحدى الزوجتين بقى الواجب للأخرى .

قوله عليه السلام: " **ولَا يَبِيعُ عَنْهُ ولو عَرْضًا إلَّا بِإِذْنِ الْحَاكِمِ** " المعنى أن للأب أن يأخذ من مال ولده الصغير والغائب من الطعام واللباس ما يحتاج إليه، إذ هو نفس الواجب، وكذا يأخذ من الدراهم والدنانير وينفقها على نفسه بالمعروف، ولا يحتاج إلى إذن الحاكم إذ له ولاية على ذلك للخبر، وأما إذا كان الولد صغيراً العاقل حاضراً فلا، إلا أن يتمرد جاز ذلك بإذن الحاكم .

قيل: فإن لم يكن هناك حاكم جاز له الأخذ لما مر، وليس له أن يبيع شيئاً من مال ولده [لينفق ثمنه على نفسه إذ ليس غير الواجب سواء كان الولد صغيراً أم كبيراً حاضراً أم][5]غائباً وسواء كان ذلك المال عقاراً أم منقولاً، وكأنه المراد بقوله ولو عرضاً إلا بإذن الحاكم إن كان في الناحية كما تقدم ، فإن لم يكن احتمل أن يجوز ذلك واحتمل أن يستأذن صالحاً لذلك أو منصوباً على الخلاف في اعتبار النصب، وليس لسائر الأقارب مثل ما للأب من أخذ الطعام والدراهم ونحو ذلك، هذا ما حصَّله السادة للهادي وهو المذهب، وأحد قولي م بالله[6]، وعلى قوله الآخر أن الولد إذا كان صغيراً أجاز للأب بيع ماله لنفقة نفسه يعني من غير حكم، وحكى نحوه عن الإمام ح و س~ [7].

قال في الغيث:" قلت ولقائل أن يقول أما في حق الصغير فله ولاية على بيع ماله، فما وجه الحاجة إلى الحاكم وقد صرح في شمس الشريعة للهادوية أنه يحتاج إلى الحاكم[8] ويمكن[9] الجواب بأن البيع هنا لأمر يخص الأب، وهو الاستئناف فكما ليس للحاكم أن

1- في (ب) "أو ".
2- في (ب) الزكوة وكذا في البقية .
3- في (أ) "مات" .
4- في (ب) "بذلك".
5- سقط من (ب) .
6- في (ب) "قول للمؤيد بالله ".
7- شرح الأزهار - (٢ / ٥٤٩) والبيان الشافي (٤٣٥/٢).
8- في (ب) "الحكم".
9- في (أ) "وعلى".

يحكم لنفسه [1]ولو كان إليه ولاية الحكم فكذلك ليس للوالد أن يبيع ماله ولده لنفقة نفسه، ولو كان إليه ولاية التصرف بخلاف الدراهم والطعام فهي نفس ما جب فليس فيها[2] تصرف أكثر من تناول القدر انتهى[3].

قوله عليلم: " **وَلَا تَكَسُّبُ إِلَّا لِعَاجِزٍ** " أي ولا يلزم الولد تكسب إلا لوالد عاجز ووجه وجوب التكسب للوالد العاجز قوله تعالى **(**وَصَاحِبْهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفاً **)**[4] وليس من المصاحبة بالمعروف أن يتركهما جائعين عاريين مع قدرته على سد فاقتهما [وستر عورتهما] [5] بالتكسب .

قيل ع: وكذا يجب على الوالد التكسب لولده إذا كان عاجزاً قياساً، وأما الوالد القادر على التكسب لنفسه، فلا يلزم ولده التكسب له، والحجة لذلك قوله تعالى**(**لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ **)**[6] ولأن النفقة ليست آكد من الدين، وقد ثبت أن الفقير لا يجبر على التكسب لقضاء الدين، فالأولى أن لا يجب التكسب لنفقة القادر ذكر معنى ذلك في الغيث [7]، وإنما صرح المؤلف بذلك في هذا الموضع مع فهمه مما سبق لإفادة وجوب التكسب للعاجز صريحاً.

قولـــه عليه السلام: " **وعَلَى كُلِّ مُوسِرٍ كفاية**[8] **معسر فطره عَلَى مِلَّتِهِ يَرِثُهُ بِالنَّسَبِ** "أي يجب على كل موسر كفاية قريبه الذي لا يجب عليه فطره بشرطين:

أحدهما: أن يكون على ملته، فلو اختلفت ملتهما لم يلزم أيهما شيء للآخر، لانقطاع الأحكام بين أهل الملل المختلفة، وهذا الشرط في غير الأبوين، فأما الأبوان فلا يعتبر فيهما كما مر.

الشرط الثاني: أن يكون الموسر ممن يرث المعسر بالنسب، فتجب عليه كفايته على قدر إرثه منه حيث لم يسقطه وارث آخر ولأنه[9] من مجموع الشرطين، فإن اختل أحدهما لم يجب ذلك كما في المرتد، فإن المسلم يرثه ولا تلزمه نفقته ما[10] لم يكن على ملته .

1- نهاية ورقة ١٦٥ من (ب).

2- في (ب) "منها".

3- الغيث المدرار ج٢(خ).

4- لقمان :١٥.

5- الزيادة من (ب) .

6- الطلاق :٧ .

7- الغيث المدرار ج٢(خ) و شرح الأزهار - (٢ / ٥٤٨).

8- في (ب)"كفا" .

9- في (ب) "ولابد".

10- في (ب) "لما" .

وقوله: "بالنسب" احتراز مما إذا كان يرثه بالولاء(١) فإن نفقته لا تلزمه وفي المسألة أقوال:

الأول: ما ذكرناه وهو المذهب، وبه قال أبو ثور وابن أبي ليلى والحسن بن صالح وأحمد، وهو مروي عن عمر، واستدلوا على ذلك بقوله تعالى (وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ)(٢)واللام للجنس فثبت أن كل وارث يلزمه الإنفاق على من يرثه، مثل ما يلزم الوالد لأن(٣) [الآية](٤) لم تفصل(٥) وقوله صلى الله عليه وآله [وسلم] (٦) "لا صدقة وذو رحم محتاج"(٧) كذا يُروى، وفي معناه ما رواه الطبراني من حديث أبي هريرة ، وفيه ما لفظه وقال: يعني النبي صلى الله عليه وآله [وسلم] (٨) "يا أمة محمد والذي بعثني بالحق لا يقبل الله صدقة من رجل وله قرابة محتاجون إلى صلته(٩)، ويصرفها إلى غيرهم والذي نفسي بيده لا ينظر الله إليه يوم القيامة(١٠) انتهى(١١).

القول الثاني: لأح وأصحابه(١٢) إنما يلزم لذوي الرحم المحرم إذ القصد الصلة والمواساة، وأما غير المحارم فالنكاح عوض عن الصلة.

قلنا: لا دليل على ذلك هكذا عنهم في البحر(١٣)، والذي في الغيث عن ح ما لفظه يجب للآباء وسائر المحارم إن(١٤) كانوا ذكوراً وجبت لمن به زمانه أو ضعف، لا للصحيح ولم يجعل الأبناء كالأباء انتهى(١٥).

القول الثالث:

1- في (ب) "بالولا".
2- البقرة٢٣٣.
3- في (ب) "لأنه" .
4- الزيادة من (ب) .
5- في (ب) "يفصل" .
6- الزيادة من (ب) .
7- لم أقف على أصله في كتب الحديث وإنما ذكر في كتب الفقه بدون إسناد ولا إحالة .
8- الزيادة من (ب) .
9- في المعجم الأوسط "إلى صدقته " .
10- أخرجه الطبراني في المعجم الأوسط– باب من اسمه مقدام –رقم٨٨٢٨ (ج٨/ص٣٤٦) . وقال في مجمع الزوايد: رواه الطبراني في الأوسط وفيه عبد الله بن عامر الأسلمي وهو ضعيف، وقال أبو حاتم ليس بالمتروك وبقية رجاله ثقات(ج٣/ص١١٧).
11- البحر الزخار (٧ / ٤٤٤) .
12- في (ب) "حص" .
13- البحر الزخار (٧ / ٤٤٤) .
14- في (أ) "إذا" .
15- الاختيار لتعليل المختار - (٤ / ١١) والغيث المدرار ج٢(خ).

للش وأصحابه[1]بل للأصول والفصول[2] فقط لقوله صلى الله عليه وآله لمن قال له معي دينار أنفقه على ولدك الخبر[3] ولم يذكر الأقارب[4].

قلنا: ولا الوالدين فجوابكم جوابنا هكذا في البحر[5].

قلت: ولفظ الحديث المذكور فيما أخرجه أبو داود والنسائي من حديث أبي هُرَيْرَةَ قال أَمَرَ رسول الله صلى الله عليه وآله[يوماً] [6] بِالصَّدَقَةِ فقال رَجُلٌ يا رَسُولَ اللَّهِ عِنْدِي دِينَارٌ فقال تَصَدَّقْ بِهِ على نَفْسِكَ قال عِنْدِي آخَرُ قال تَصَدَّقْ بِهِ على وَلَدِكَ قال عِنْدِي آخَرُ قال [تَصَدَّقْ بِهِ على زَوْجَتِكَ أو قال زَوْجِكَ قال عِنْدِي آخَرُ قال تَصَدَّقْ بِهِ على خَادِمِكَ قال عِنْدِي آخَرُ قال] [7]أنت أَبْصَرُ "[8] [انتهى] [9].

والذي في شرح الإرشاد ما لفظه، واستدل لوجوبها للولد على الأب بقوله تعالى "﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾[10].

وجه الاستدلال: أن ذلك يدل على وجوب كفاية مؤن[11] الأولاد، وبقوله صلى الله عليه وآله وسلم في قصة هند الآتية "خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف"[12]، وقيس غير الأب من الأصول[13/] عليه بجامع الولادة، واستدل لوجوبها للوالد على الولد بقوله تعالى: ﴿ وَصَاحِبْهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفاً ﴾[14] أي مصاحبة يقتضيها الشرع ويقتضيها الكرم، ومن ذلك القيام بكفايتها، وقوله تعالى ﴿وَقَضَى رَبُّكَ أَلاَّ تَعْبُدُواْ إِلاَّ إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَاناً﴾[15] وغيرهما من الأصول مقيس عليهما، ولحديث عائشة عند أبي داود وغيره " وَلَدُ الرَّجُلِ من

1- في (ب) "للسص" .
2- في (ب) " بالفصول " .
3- سيأتي تخريجه .
4- الحاوي الكبير ــ الماوردي - (١١ / ١١١٨) .
5-البحر الزخار (٧ / ٤٤٤) .
6- زيادة من المصنف .
7- الزيادة من (أ) .
8- أخرجه أبو داود في سننه - كِتَاب الزَّكَاةِ - بَاب في صِلَةِ الرَّحِمِ -رقم١٦٩١(ج٢/ص١٣٢). والنسائي في السنن الكبرى- أبواب حقوق الزوج - باب إيجاب نفقة المرأة وكسوتها - رقم٩١٨١ (ج٥/ص٣٧٥). وحسنه الألباني في الإرواء (٣ / ٤٠٨).
9- الزيادة من (ب) .
10- سورة الطلاق آية (٦).
11- في (ب) مون .
12- سبق تخريجه صــ٣٧٦.
13- نهاية ورقة ١٥٨من (أ) .
14- لقمان:١٥.
15- الإسراء:٢٣.

كَسْبِهِ [من أَطْيَبِ كَسْبِهِ] [1] فَكُلُوا من أَمْوَالِهِمْ " صححه الحاكم وغيره [2]، وحديث عمرو بن[3] شعيب يعني الذي مرّ انتهى [4].

قلنا: وغير الأصول [والفصول] [5] مقيس عليهما بجامع القرابة كما[6] تقدم.

القول الرابع: لمالك يجب للولد والوالد فقط لقوله تعالى:(لاَ تُضَآرَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا)[7] الآية ولم يذكر غيرهما والمراد الإنفاق. قلنا: لدليل آخر هكذا في هذا الموضع من البحر[8]، وهو مخالف لما تقدم ، حكايته عنه أن نفقة الأم لا تجب على الولد إذ لا دليل والله أعلم.

قوله عليلم: " **فَإِنْ تَعَدَّدَ**[9] **فَحَسَبُ الْإِرْثِ غَالِبًا** " أي فإن تعدد وارث المعسر لزم كل واحد منهم من نفقته بقدر حصته من ميراثه، وسيأتي تمثيل ذلك قريباً[إن شاء الله تعالى][10].

وقوله "غالباً" احتراز ممن له ابن وبنت [11] موسران، فإن كفايته لا تكون على حسب الإرث، بل تجب عليهما نصفين لاستوائهما في البنوة على المختار للمذهب، وهو قول ح [12]، وعند م بالله أنه يكون عليهما أثلاثاً حسب الإرث كسائر الأقارب، وأما نفقة سائر الأقارب فلا خلاف في أنها تكون بحسب الإرث.

مثال ذلك: معسر له ثلاث أخوات متفرقات موسرات فعلى التي لأبوين[13] ثلاثة أخماس كفايته، وعلى التي لأب خمس، وعلى التي لأم خمس، لأن مسألة ميراثهن منه بعد الرد كذلك من خمسة [14].

1- سقط من المخطوط .

2-أخرجه أبو داود في سننه - كتاب الْإِجَارَةِ – بَاب في الرَّجُلِ يَأْكُلُ من مَالِ وَلَدِهِ -رقم٣٥٢٩ ، قال أبو داود حماد بن أبي سليمان زاد فيه "إذا احتجتم" وهو منكر. (ج٣/ص٢٨٩) وأخرجه الحاكم في المستدرك على الصحيحين–كتاب البيوع- رقم ٢٢٩٤ ،وقال هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه. (ج٢/ص٥٢)، و كذا صححه الألباني في صحيح وضعيف الجامع الصغير - (٢٧ / ١٤٧).

3- في (أ)"ابن" .

4- شرح الإرشاد (١٨٥/١).

5- الزيادة من (ب) .

6- في (أ)"مع ما " .

7- البقرة :٨٣ .

8- البحر الزخار (٧ / ٤٤٤).

9- في الأزهار زيادة كلمة "الوارث".

10- الزيادة من (أ) .

11- في (ب) " بنت وابن ".

12- الاختيار لتعليل المختار - (٤ / ١٢).

13- في (أ) " لأب وأم ".

14- شرح الأزهار - (٢ / ٥٥٠).

مسألة: وإذا كان بعض الورثة موسراً وبعضهم معسراً، فقال في الأحكام تكون [النفقة][١] كلها على الموسر، ويكون المعسر كالمعدوم [٢].

وقال في المنتخب: "لا يلزم الموسر إلا قدر حصته من الإرث، وحصة المعسر على الله تعالى [٣].

مثال ذلك: أم وأخ لأم موسران وجد معسر فالجميع على الأم ولاشيء على الأخ لأم، لأنه لا ميراث له مع الجد ولاشيء على الجد لأنه معسر، هذا على قول الأحكام.

وأما على قول المنتخب، فلا يجب على الأم إلا ثلث، وتسقط حصة الجد وهي الثلثان لإعساره.

مثال آخر: امرأة معسرة ولها بنت معسرة وأمٌ[٤] موسرة وأخ لأب موسر، فعلى قول الأحكام على الأم الثلث، وعلى الأخ لأب الثلثان على قدر إرثهما مع [تقدير][٥] عدم البنت إذ هي كالمعدومة لإعسارها وعلى قول المنتخب تلزم الأم السدس ويلزم الأخ الثلث وتسقط حصة البنت وهي النصف لإعسارها، وهذا في حق غير الأبوين وأما هما فيجب نفقتهما كلاهما على الموسر من أولادهما إنفاقا لأجل حرمة الأبوة كما تقدم.

وحذف قوله في الأزهار " وَكِسْوَتُهُ وَسُكْنَاهُ وَإِخْدَامُهُ لِلْعَجْزِ "[٦] لاستفادة ذلك من[٧] قوله: "كفاية معسر فطره" إذا الكفاية بتناول جميع [ذلك] [٨] فتتناول الطعام والادام والكسوة وإخدام العاجز عن خدمة نفسه لصغر أو كبر أو سقم .

قال الفقيه ع[٩]: فإن أطاق خدمة نفسه لم يخدمه، ولو كانت عادته أنه لا يخدم نفسه، بخلاف الزوجة فإنه يجب أن يخدمها إذا كانت تعتاد الخدمة هـ[١٠].

تنبيـــــهٌ : قيل: والواجب للقريب ما يقوم به بحسب حاله ،أي ما يكفيه لذلك من قوت

1- الزيادة من (ب) .
2- أصول الأحكام في الحلال والحرام - (١ / ٥٤٥) .
3- المنتخب - (٣٧٢). والبيان الشافي (٤٣٦/٢).
4- نهاية ورقة ١٦٦من (ب) .
5- الزيادة من (أ) .
6- الأزهار - (١ / ٨٧) .
7- في (ب)"بقوله" .
8- سقط من (أ) .
9- في (ب) " قيل ع ".
10- شرح الأزهار - (٢ / ٥٥١) .

أو[١]إدام بقدر ما يتمكن معه من التردد[٢] والتصرف ولا يكفي الاقتصار على سد الرمق، ولا يجب الإشباع بل ما يدفع ضرر الجوع .

قيل: ولا يحصل ذلك بدون مُد لكل[٣] يوم والكسوة والسكنى وغير ذلك حسب المعتاد لمثله من فقراء [٤]جهته، وحيث وجد بعض كفايته[٥] لم يجب له إلا تكميلها، ولو استغنى في بعض الأوقات بضيافة أو نحوها، سقطت نفقة[٦] ذلك الوقت انتهى [٧].

قوله عليلم: " **ويُعَوِّضَ مَا فات** " يعني إذا عجل الموسر لقريبه المعسر شيئاً من نفقته[٨] ففات بأي وجه لزم الموسر تعويضه، وإنما فرق [بين] [٩]نفقة القريب ونفقة الزوجة في هذا الحكم لأن نفقة الزوجة كالدين فلا يعوض [فيها] [١٠] سواء فاتت بتفريط منها أو[١١] بغير تفريط، ونفقة القريب من باب الصلة والمواساة فتبدل ولو أتلفها هو أو فرط فيها.

قال المؤلف: إلا أن يعرف منه ذلك يعني اعتياد تعمد التفويت، كان التعويض بنظر الحاكم.

وقال ص بالله: لا يعوض ما فات بتفريط[١٢] [١٣]، وإنما عدل المؤلف[عليلم][١٤] عن قوله في الأزهار" مَا ضَاعَ "[١٥] إلى قوله "ما فات" لإفادة عدم الفرق بين أن يفوت بتفريط أم بغيره.

قوله عليلم: " **ويَسْقُطُ بِالْمَطْل عن الإمام غالباً** " أي تسقط نفقة ما مضى من المدة بمطل الموسر وإن كان عاصياً بذلك.

قال في اللمع: سواء كان ولداً أم غيره [١].

1- في (ب) " و ".
2- في (ب) " الرد ".
3- في (أ) " كل ".
4- في (ب) "فقرا" وكذا في البقية .
5- في (ب) " كفاية ".
6- في (ب) " نفقته ".
7-البيان الشافي (٤٣٧/٢) بنحوه .
8- في (ب) " نفقة ".
9- سقط من (ب) .
10- الزيادة من (أ) .
11- في (أ) " أم".
12- في (أ) " بتفريطه ".
13- شرح الأزهار - (٢ / ٥٥١) .
14- الزيادة من (أ).
15- الأزهار - (١ / ٨٧).

وقال الأستاذ: و[لو] [٢]حكم بها حاكم والحيلة في المنع سقوط نفقة الماضي أن يأمره الحاكم أن يستقرض للغائب أو[٣]المتمرد مقدار قوته كل يوم ثم ينفقه على نفسه، وإنما سقط الماضي بالمطل لما تقدم من [أن] [٤]نفقة القريب من قبيل الصلة والمواساة وما هذا حاله لا يطالب الإنسان بما قد فات منه [٥].

وقال في البحر: لأنها لدفع الحاجة وقد مضت [٦].

وقوله: "عن الإمام غالباً" احتراز مما[٧] حكاه النجري في شرحه على الأزهار في الإجارات عن الإمام المهدي عليلم حيث قال: ففرق عليلم بين نفقة الطفل وسائر الأقارب .

قال: وعلى ذهني لبعض المذاكرين أن النفقة تسقط ويأثم من غير فصل، وإنما أتى[٨] المؤلف [عليلم] [٩]بلفظ "عن" لأنه لا نص للإمام [عليلم] [١٠]على أن نفقة الطفل لا تسقط بالمطل، وإنما خرج له ذلك من قوله في كتاب الإجارات من البحر والأزهار، ويلزم مستعمل الصغير في غير المعتاد ولو أباً ويقع عنها إنفاق الولي بنيتها مع قوله في الغيث "وتبقى نفقته[١١] ديناً في ذمته كنفقة الزوجة لاشتراكهما في أنهما يلزمان المعسر" [١٢].

وقد ذكر ما يؤيد ذلك في باب النفقات في[١٣] كتاب البحر حيث ذكر أن نفقة الطفل كنفقة الزوجة بدليل لزومها وان كان له مال فهو تخريج صحيح لا نص فيه صريح والله أعلم[١٤].

قيل [ابن مظفر] [١٥]: وإذا أنفق الموسر على قريبه المعسر بنية الرجوع عليه، فإنه يأثم ويستحق الرجوع عليه كما إذا أقرضه [ذلك] [١٦]فلو اختلفا في نية الرجوع فلعل القول قول

1- اللمع في فقه أهل البيت (خ) .
2- الزيادة من (أ).
3- في (ب) "و".
4- الزيادة من (أ).
5- شرح الأزهار - (٢ / ٥٥١).
6- البحر الزخار (٧ / ٤٥٣).
7- في (أ)"عما".
8- في (أ)"أتا".
9- الزيادة من (أ).
10- الزيادة من (أ).
11- في (ب)زيادة " ونفقة " وهي غير مستقيمة .
12- شرح النجري (خ) والغيث المدرار ج٢(خ) .
13- في (ب)"من".
14- البحر الزخار (٧ / ٤٣٤) .
15- الزيادة من (أ).
16- الزيادة من (أ).

المنفق لأن الظاهر العوض في الأعيان، ويحتمل أن البينة عليه لأن الظاهر في إنفاقه أنه للإعسار [١/][٢].

قوله عليه السلام: "**والْمُوسِرِ الغني ومَنْ يَمْلِكُ الْكِفَايَةَ لَهُ وَلِلْأَخَصِّ بِهِ إلى الدَّخْلِ** " قد اختلف في حد الموسر الذي تلزمه نفقة قريبه المعسر، فعن الهادي عليه السلام هو من يملك مائة دينار يزيد أو ينقص تقريباً، وعن ع~ من لم يسمّ[٣] فقيراً، وعن زيد[بن[٤] علي] [٥] وح وأبي يوسف من تجب عليه الزكاة[٦]، وعن بعض الحنفية من له فضلة على قوت شهر له وللأخص به، وعن الإمام ح وش [بل يجب] [٧] من له فضله على قوت يوم وليلة، لقوله صلى الله عليه وآله [وسلم] [٨] " فَلْيَبْدَأْ بِنَفْسِهِ" الخبر[٩] حكى جميع ذلك في البحر بمعناه، ثم قال: والصحيح أنه من يملك الكفاية له وللأخص به إلى الدخل من سنة أو يوم، إذ لا يسمى من دونه موسراً لغةً ولا عرفاً انتهى [١٠].

وفي الغيث ما لفظه:" هو من يملك من المال الكفاية له وللأخص به من الغلة إلى الغلة إن كانت له غلة، أو إلى وقت الدخل إن كان له دخل من يوم أو شهر أو أسبوع، هكذا ذكره فقه[١١] م بالله وينفق من الزايد على ما يكفيه، ولو لم يكف القريب إلى الغلة [١٢].

وفي تحديد الموسر أقوال :

الأول: ما ذكرناه وهو في شرح أبي مضر.

الثاني: للمنصور بالله أنّ حد اليسار أن يكون معه ما يكفيه وأهل بيته إلى إدراك الغلة، أو إنفاق السلعة إن كان تاجراً، أو إتمام المصنوع إن كان ذا مهنة بعد أن يكون له مال إذا

1- نهاية ورقة ١٥٩من (أ) .
2-البيان الشافي (٤٣٨/٢) .
3- في (أ)"يسمي ". والصحيح ما أثبته.
4- في (أ) "ابن".
5- الزيادة من (أ).
6- في (أ)"الزكوة".
7- الزيادة من (ب).
8- الزيادة من (ب).
9- أخرجه مسلم في صحيحه - كِتَاب الْإِمَارَةِ -بَاب الناس تَبَعٌ لِقُرَيْشٍ وَالْخِلَافَةُ في قُرَيْشٍ -رقم١٨٢٢ (ج٣/ص١٤٥٣).
10- ا الفتاوى الهندية - (٥ / ٢٩٢)و المجموع - (١٨ / ٢٩٧) و البحر الزخار (٧ / ٤٤٦) .
11- في (أ،ب)" فقهآ ".
12- الغيث المدرار ج٢(خ) .

بيع أو قُوّم [بلغ] [١]مائتي[٢] درهم، وإن كان لا يملك إلا دون النصاب، لزمته المواساة على قدر الإمكان دون التعيين، روى ذلك عنه في التقرير [٣].

قلت: وهو موافق لتحديدنا إلا في زيادة ملك النصاب.

القول الثالث: عن الوافي وزيد [بن[٤] علي] [٥] وح[٦] أن الموسر هو الغني غناءً[٧] شرعياً[٨].

القول الرابع: لمحمد إذا كانت له نفقة شهر فاضلة عليه لزمته[٩] [١٠].

القول الخامس: للشافعي أنه ينفق الفضلة على قوت اليوم [١١].

والحجة لنا أن غناء الشرع إنما يعتبر لوجوب الزكاة والمنع من أحدهما واحد الواجبات ونحوها، فأما لوجوب نفقة الأقارب والزوجات فلا يعتبر غناء الشرع، فإذا كان له قوتٌ ومال فاضل عن قوته وقوت عياله لزم[١٢/] في الزيادة قوت الأقارب، فإن لم يكن له مال يكفيه إلى الغلة أو الدخل لم يلزمه شيء سواء كان كسوباً أم لا، لقوله [صلى الله عليه وآله][١٣] "ابدأ بنفسك ثم بمن تعول"[١٤] [١٥].

قال في الشمس:"من يعول من الزوجات والوالدين والمولودين" انتهى [١٦].

ولما كانت عبارة الأزهار لا تصريح فيها بأي الأقوال المذكورة وكان ظاهرها يوهم أن من ليس له دخل لا يلزمه نفقة قريبه المعسر ولو ملك نصباً كثيرة، وليس كذلك زاد لفظة

1- الزيادة من (أ).
2- في (أ،ب) "مايتي".
3- التقرير شرح التحرير (خ) .
4- في (أ) "ابن".
5- الزيادة من (أ).
6- في (ب) "وع". يتأكد من ذلك .
7- في (أ،ب) "عناً" وكذا في البقية.
8- الوافي في مذهب الهادي (خ).
9- في (ب) "لزمه".
10- الاختيار لتعليل المختار - (٤ / ١٢).
11- إعانة الطالبين - (٤ / ١١٠).
12- نهاية ورقة ١٦٧من (ب) .
13- الزيادة من (أ).
14- في (ب) "تعوله" والصحيح ما أثبته.
15- لقد أدرج المصنف حديثين في حديث واحد فالصحيح أن لفظ "ابدأ بنفسك" ضمن حديث مستقل أخرجه مسلم في صحيحه - كِتَاب الزَّكَاة - بَاب الِابْتِدَاءِ فِي النَّفَقَةِ بِالنَّفْسِ ثُمَّ أَهْلِهِ ثُمَّ الْقَرَابَةِ -رقم٩٩٧ (ج٢/ص٦٩٢)و لفظ "بمن تعول ".ضمن حديث أخرجه البخاري في صحيحه -كِتَاب الزَّكَاةِ -بَاب لَا صَدَقَةَ إلا عن ظَهْرِ غِنًى رقم١٣٦٠ (ج٢/ص٥١٨). وفي -كِتَاب النَّفَقَاتِ -بَاب وُجُوبِ النَّفَقَةِ على الأهل وَالْعِيَالِ رقم ٥٠٤٠ (ج٥/ص٢٠٤٨).
16- شمس الشريعة (خ) .

الغنى ثم عطف عليها من يملك الكفاية، لتفيد أن الموسر الذي يلزمه نفقة قريبه المعسر هو من يملك النصاب الشرعي، إن لم يكن له دخل، وإن كان له دخل أنفق من الزائد على الكفاية، وهذا هو الموافق للقواعد والضابط للمقصود.

وحذف قوله في الأزهار" والْمُعْسِرِ مَنْ لَا يَمْلِكُ قُوتَ عَشْرٍ غَيْرَ مَا اسْتَثْنَى"[١] لفهم ذلك من قوله فيما تقدم "كفاية معسر فطره".

قال في الغيث: فلو كان يملك قوت ثمانية أيام، هل له أن يطالب قريبه بنفقته قبل مضي الثمانية ؟

ظاهر كلام أصحابنا: أن له ذلك، ووجهه أن لا يبقى[٢] حال المطالبة خالياً من[٣] القوت.

وفي المسألة ثلاثة أقوال:

الأول: مذهبنا وهو ما ذكرناه ذكره ع~ وط~ في باب الفطرة .

القول الثاني: للمؤيد بالله أن المعسر من[٤] لا يملك ما يتقوت به وفسر بالغداء والعشاء[٥].

القول الثالث: عن زيد والوافي أنه من لا يملك النصاب انتهى [٦].

وفي البحر عن الإمام ح وش أنه يشترط[٧]في المعسر أن لا يمكنه التكسب لصغر أو وهرم أو مرض أو زمانه.

قلنا: لا دليل على اعتبار ذلك انتهى [٨].

وقد يقال دليلهما قوله صلى الله عليه وآله[٩]في الصدقة "لا حَظَّ فيها لِغَنِيٍّ ولا لِقَوِيٍّ مُتَكَسِبٍ [١٠] وقد تقدم .

1- الأزهار - (١ / ٨٧) .

2- في (ب) "لا يبقا".

3- في (أ) "عن".

4 - في (ب)كررت مرتين .

5 - في (أ) "بالغدا والعشا" وفي(ب)"بالغدى والعشا" .

6-الغيث المدرار ج٢(خ) و شرح الأزهار - (٢ / ٥٥٢) .

7- في (ب) " شرط ".

8- البحر الزخار (٧ / ٤٤٩).

9- في (ب) " صللم ".

10-في المخطوط "متكسب" وجميع الروايات "مكتسب" .وقد أخرجه أبو داود في سننه (ج٢/ص١١٨)رقم١٦٣٣- باب من يعطى من الصَّدَقَة وَحَدُّ الغني و النسائي في السنن الكبرى ج٢/ص٥٤- باب مسألة القوي المكتسب -رقم٢٣٧٩ وغيرهما . وصححه الألباني في (صحيح وضعيف الجامع الصغير - (٦ / ٢٤٦) رقم٢٢٩٩.

تنبيـــــهٌ: قوله في سياق كلام الإمام ح وش لقوله صلى الله عليه وآله" فليبدأ بنفسه روى [عن] [(١)] جابر عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال: إذا كان أحدكم فقيراً فليبدأ بنفسه فإن فضل فعلى عياله فإن فضل فعلى قرابته انتهى [(٢)].

وكأنه طرف من حديث أخرجه مسلم في قصة الرجل الذي دبر عبده ولا يملك غيره فباعه النبي صلى الله عليه وآله [عنه] [(٣)] ودفع إليه ثمنه ثم قال به ابدأ بنفسك فتصدق عليها، فإن فضل شيء فلأهلك فإن فضل عن أهلك شيء فلذي قرابتك فإن فضل عن ذي قرابتك شيء فهكذا وهكذا[(٤)] يقول فبين يديك وعن يمينك و[عن] [(٥)] شمالك انتهى [(٦)].

وقوله في حجة أهل المذهب ابدأ بمن تعول، لفظه فيما أخرجه البخاري من حديث أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وآله "قال خير الصدقة ما كان عن ظهر غنى[(٧)] وابدأ بمن تعول"[(٨)]، وفي رواية أن النبي صلى الله عليه وآله قال:" اليد العليا خير من اليد السفلى وابدأ بمن تعول، وخير الصدقة، الصدقة عن ظهر غنى[(٩)] ومن يستعفف يعفه الله ومن يستغن يغنه[(١٠)]الله." انتهى [(١١)].

قوله عليه السلام: "**والْبَيِّنَةُ عَلَى مدعي الإعسار**" أي من ادعى[(١٢)] أنه معسر لتجب[(١٣)] نفقته على قريبه الموسر و[(١٤)] أنكر الموسر إعساره فإن البينة تجب على مدعي الإعسار لأنه يريد أن يلزم قريبه الموسر واجباً والأصل عدم وجوبه هــ.

قوله عليه السلام:" **وعَلَى السَّيِّدِ كفاية رِقِّه عادة أَوْ تَخْلِيَتهِ قَادِراً أو إزَالَةَ مِلْكِه** "هذا الكلام في بيان ما يجب على السيد لرقيقه من القوت وغيره إما القوت فيجب على السيد سبع مملوكه إذا كان خادماً من أي طعام يعتاده مثله من مثل سيده في ناحيته من حنطة أو

1- الزيادة من (أ).

2- أخرجه أبو داود في سننه -كِتَاب الْعِتْقِ -بَاب في بَيْعِ الْمُدَبَّرِ -رقم٣٩٥٧ - بلفظ "إذا كان أحدكم فَقِيرًا فَلْيَبْدَأْ بِنَفْسِه فَإِنْ كان فيها فَضْلٌ فَعَلَى عِيَالِه فَإِنْ كان فيها فَضْلٌ فَعَلَى ذي قَرَابَتِه ..." (ج٤/ص٢٧)و أخرجه النسائي في سننه -كتاب البيوع -باب بيع المدبر . رقم٦٢٤٩ (ج٤/ص٥٠) وصححه الألباني في الإرواء (٧ / ٢٣١).

3- الزيادة من (أ).

4- في (أ)"فهكذى وهكذى".

5- الزيادة من (أ).

6- سبق تخريجه صـــ٤٠٥ .

7- في (أ) ""غنا.

8- سبق تخريجه صـــــ٤٠٦.

9 - في (أ،ب)"غنا" .

10- في (أ)"يغنه".

11- أخرجه البخاري في صحيحه - -كِتَاب الزَّكَاةِ - بَاب لَا صَدَقَةَ إلا عن ظَهْرِ غِنًى.... -رقم١٣٦١ (ج٢/ص٥١٨)

12- في (أ)"ادعا".

13- في (ب)"فتجب".

14- في (ب)"فإن".

شعير أو ذرة أو غيرها، وكذلك الإدام، ويعتبر في القدر كفايته ولو كثر هذا في حق الخادم، فلو امتنع من الخدمة التي يطيقها سقط وجوب إنفاقه عن[١]سيده [ولسيده إجباره على الخدمة التي يطيقها][٢] فإن تعذرت الخدمة من جهة السيد بأن لا يجد ما يخدمه فيه أحاله على كسبه والفضلة له، ويوفي إن نقص وإن شاء[٣] أخذ كسبه وأنفقه من ماله لملكه منافعه، وأما من لا يخدم لعجزه فلا يجب إشباعه بل القدر المستحسن كنفقة القريب .

وأما الكسوة فيجب عليه منها ما يستر عورته ويقيه الحر والبرد من أي لباس كان من قطن أو صوف أو غيرهما، وكذلك المسكن ، ويعتبر فيهما ما يعتاد لمثله من مثله في ناحيته، والأصل في ذلك ما أخرجه مسلم وغيره من رواية أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وآله قال: "لِلْمَمْلُوكِ طَعَامُهُ وَكِسْوَتُهُ ولا يُكَلَّفُ[٤] من الْعَمَلِ إلا ما يُطِيقُ"[٥] انتهى .

ولا يكفي الاقتصار في الكسوة على ما يستر العورة، وإن كان لا يتأذى[٦] بحر أو برد لأن في ذلك إذلالاً واحتقاراً ينافي قوله صلى الله عليه وآله[٧/] [وسلم] [٨] "بالمعروف"[٩]، ولو كان السيد يتنعم في المأكول والملبوس لم يلزمه أن يطعمه مما[١٠] يأكل ولا [أن] [١١] يلبسه مما[١٢] يلبس، وأما ما ورد في الصحيحين وغيرهما من حديث أبي ذر[١٣] سمعت رسول الله صلى الله عليه وآله [وسلم] [١٤] يقول إِخْوَانُكُمْ جَعَلَهُمْ الله تَحْتَ أَيْدِيكُمْ فمن كان أخوه تحت يده فليطعمه مما يأكل وليلبسه مما يلبس ولا يكلفه ما يغلبه، فان كَلَّفَهُ فَلْيُعِنْهُ [١٥] فذلك محمول على الاستحباب أو الزجر عن إلجائهم إلى ما ينفر عنه لخشونته، ويستحب إذا

1- في (أ)"على".
2 - ما بين المعقوفتين سقطت من (ب) واستدركت في الحاشية .
3 - في (أ،ب) "شآ" وكذا في البقية .
4 - في (أ) "يكلفه" .
5- أخرجه مسلم في صحيحه - كِتَاب الْإِيمَانِ – باب إِطْعَامِ الْمَمْلُوكِ مِمَّا يَأْكُلُ وَإِلْبَاسُهُ مِمَّا يَلْبَسُ ولا يُكَلِّفْهُ ما يَغْلِبُهُ - رقم١٦٦٢ (ج٣/ص١٢٨٤) .
6 - في (أ) "يتأذا" .
7 - نهاية ورقة ١٦٠ من (أ) .
8 - الزيادة من (ب).
9 - سبق تخريجه صـ٣٧٦.
10 - في (أ) "ما" .
11 - الزيادة من (ب) .
12 - في (أ) "ما" .
13- هو جندب بن جنادة بن سفيان بن عبيد، من بني غفار، من كنانة بن خزيمة، أبو ذر: صحابي، من كبارهم.قديم الإسلام، يقال أسلم بعد أربعة وكان خامسا.يضرب به المثل في الصدق.وهو أول من حيا رسول الله صلى الله عليه وسلم بتحية الاسلام، هاجر بعد وفاة النبي صلى الله عليه وسلم إلى بادية الشام، فأقام إلى أن توفي أبو بكر وعمر وولي عثمان، فسكن دمشق وجعل ديدنه تحريض الفقراء على مشاركة الأغنياء . الأعلام للزركلي - (٢ / ١٤٠).
14 - الزيادة من (ب).
15- أخرجه البخاري في صحيحه -كِتَاب الْأَدَبِ -باب ما يُنْهَى من السِّبَابِ وَاللَّعْنِ - رقم٥٧٠٣ بلفظ" إِخْوَانُكُمْ جَعَلَهُمْ الله تَحْتَ أَيْدِيكُمْ فَمَنْ جَعَلَ الله أَخَاهُ تَحْتَ يَدِهِ فَلْيُطْعِمْهُ مِمَّا يَأْكُلُ وَلْيُلْبِسْهُ مِمَّا يَلْبَسُ ولا يُكَلِّفُهُ من الْعَمَلِ ما يَغْلِبُهُ فان كَلَّفَهُ ما يَغْلِبُهُ فَلْيُعِنْهُ

محمول على الاستحباب أو الزجر عن إلجائهم إلى ما ينفر عنه لخشونته، ويستحب إذا حضر المملوك على طعام سيده أن يطعمه منه ويتأكد ذلك إذا كان هو الصانع له لحديث أبي هريرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: "**إذا** أتى[١] أَحَدَكُمْ خَادِمُهُ بِطَعَامِهِ فَإِنْ لم يُجْلِسْهُ معه فَلْيُنَاوِلْهُ لُقْمَةً أو لُقْمَتَيْنِ أو أُكْلَةً [بضم الهمزة] [٢] أو أُكْلَتَيْنِ فإنه وَلِيَ حَرَّهُ وعِلَاجَهُ "أخرجه البخاري وغيره [٣].

قيل: ولتكن اللقمة التي يناوله إياها كبيرةً تسُد منه مسداً لا صغيرةً تهيج الشهوة، ولا تزيل النهمة.

فـــــرع: ويستحب أن يسوي بين مماليكه في الطعام والكسوة، ويكره تفضيل بعضهم على بعض لما فيه من إيغار الصدر إلا السراري، فله تفضيلهن كالبار من أولاده .

فـــــرعٌ: وللسيد مخارجة مملوكه بتراضيهما، وليس للسيد إجباره على ذلك، ولا للملوك طلب ذلك من دون رضا السيد .

ومعنى المخارجه: أن يؤدي إلى السيد من كسبه قدراً معلوماً كل يوم أو كل أسبوع أو شهرٍ لتقرير النبي صلى الله عليه وآله ذلك .

ففي الصحيحين "أن أبا طيبة[٤] بطاء مهملة ثم يا مثناة من تحت ثم موحدة حجم النبي صلى الله عليه وآله فأعطاه صاعاً[/٥]أو صاعين من تمر وكلم مواليه أن يخففوا عنه من خراجه انتهى[٦].

ولا يخارج الأمة غير ذات الصنعة لما رواه الموطأ عن عثمان[٧] أنه قال في خطبته حين ولي، ولا تكلفوا الصبيان الكسب فإنكم متى كلفتموهم الكسب سرقوا، ولا تكلفوا الأمة

=عليه "(ج٥/ص٢٢٤٨) .و مسلم في صحيحه-كِتَاب الْأَيْمَانِ -باب إِطْعَامِ الْمَمْلُوكِ مِمَّا يَأْكُلُ وَإِلْبَاسُهُ مِمَّا يَلْبَسُ ولا يُكَلِّفْهُ ما يَغْلِبُهُ -رقم١٦٦١ (ج٣/ص١٢٨٣)و سنن أبي داود-كِتَاب الْأَدَبِ - في حَقِّ الْمَمْلُوكِ -رقم٥١٥٨ (ج٤/ص٣٤٠).

1 - في (أ) "أتا".

2- زيادة وضبط من المصنف .

3- أخرجه البخاري في صحيحه-كِتَاب الْأَطْعِمَةِ -بَاب الْأَكْلِ مع الْخَادِمِ -رقم٥١٤٤. بلفظ إذا أتى أَحَدَكُمْ خَادِمُهُ بِطَعَامِهِ فَإِنْ لم يُجْلِسْهُ معه فَلْيُنَاوِلْهُ أُكْلَةً أو أُكْلَتَيْنِ أو لُقْمَةً أو لُقْمَتَيْنِ فإنه وَلِيَ حَرَّهُ وَعِلَاجَهُ "(ج٥/ص٢٠٧٨) .

4- هو أبو طيبة الحجام ، مولى الأنصار من بني حارثة ، حجم النبي صلى الله عليه وسلم واختلف في صحة اسمه ، فقيل اسمه دينار ، وقيل اسمه ميسرة ، وقيل اسمه نافع. موسوعة الأعلام - (١ / ٣٣٧).

5 - نهاية ورقة ١٦٨ من (ب) .

6- أخرجه البخاري في صحيحه -كِتَاب الْإِجَارَةِ -بَاب ضَرِيبَةِ الْعَبْدِ وَتَعَاهُدِ ضَرَائِبِ الْإِمَاءِ - رقم٢١٥٧ بلفظ "عن أَنَسِ بن مَالِكٍ رضي الله عنه قال حَجَمَ أبو طَيْبَةَ النبي صلى الله عليه وسلم فَأَمَرَ له بِصَاعٍ أو صَاعَيْنِ من طَعَامٍ وَكَلَّمَ مَوَالِيَهُ فَخَفَّفَ عن غَلَّتِهِ أو ضَرِيبَتِهِ "(ج٢/ص٧٩٦) و مسلم في صحيحه-كِتَاب الْمُسَاقَاةِ -باب حِلِّ أُجْرَةِ الْحِجَامَةِ -رقم١٢٠٢ (ج٣/ص١٢٠٥).

7 - في (أ)"عثمن" وكذا في البقية .

غير ذات الصنعة الكسب فإنكم متى كلفتموها كسبت بفرجها، وعفوا إذا أعفكم الله وعليكم من المطاعم بما طاب[١] انتهى[٢].

وعن رَافِعِ بن خَدِيجٍ[٣] قال: [نهى] [٤]رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم " عن كَسْبِ الْأَمَةِ [٥]حتى يُعْلَمَ من أَيْنَ هو "أخرجه أبو داود وفي المعنى أحاديث أخر [٦].

وقوله "أو تخليته قادراً" إلى آخره معناه أن السيد إذا [٧] ترك الإنفاق على مملوكه لعجز أو تمرد ألزمه الحاكم تخليته إذا كان قادراً على الكسب[٨] ليتكسب لنفسه، وفاضل كسبه لسيده كما تقدم فمتى خلاّه سقط عنه الحق فإن لم يكن ثمة[٩] حاكم أو لم يمكن إجبار السيد كان للملوك أن يدفع[١٠] الضرر عن نفسه بالهرب إلى حيث يمكنه المراجعة بالإنصاف، فإن أنصف وإلا اكتسب لنفسه فإن فضل كسبه عن كفايته دفع الفضلة إلى سيده، وأما إذا كان المملوك غير قادر على الاكتساب ولم ينفقه سيده كلفه الحاكم إزالة ملكه بعتق أو بيع أوغيرهما [١١]، فإن تمرد عن ذلك باعه عنه الحاكم كما يبيع مال المحجور عليه، وليس له أن يعتقه عنه وله[١٢] أن يستدين عنه للملوك ما يحتاج إليه، أو[١٣] ينفقه من بيت المال قرضاً أو مواساة على ما يراه.

وحذف قوله في الأزهار" وَلَا يَلْزَمُ أَنْ يُعِفَّهُ "[١٤] لعدم تناول باب النفقات ذلك كما تقدم،

---

1 - في (أ)"مما طابت".

2- أخرجه مالك في الموطأ -كتاب الاستئذان - باب الأَمْرِ بِالرِّفْقِ بِالْمَمْلُوكِ -رقم١٧٧١ -بلفظ" وهو يَخْطُبُ وهو يقول لاَ تُكَلِّفُوا الأَمَةَ غير ذَاتِ الصَّنْعَةِ الكسب فَإِنَّكُمْ مَتَى كَلَّفْتُمُوهَا ذلك كَسَبَتْ بِفَرْجِهَا وَلاَ تُكَلِّفُوا الصَّغِيرَ الْكَسْبَ فإنه إذا لم يَجِدْ سَرَقَ وَعِفُّوا إِذْ أَعَفَّكُمُ الله وَعَلَيْكُمْ مِنَ الْمَطَاعِمِ بِمَا طَابَ منها." (ج٢/ص٩٨١) قال البيهقي: ورفعه بعضهم عن عثمان من حديث الثوري ورفعه ضعيف انظر (البدر المنير ج٨/ص٣٤٠) وقال في التلخيص الحبير(ج٤/ص١٣) أخرجه مَالِكٌ في الْمُوَطَّأِ وَالشَّافِعِيُّ عنه عن أبي سُهَيْلٍ عن أبيه أَنَّهُ سمع عُثْمَانَ بهذا قال الْبَيْهَقِيُّ رَفَعَهُ بَعْضُهُمْ وَلَا يَصِحُّ مَرْفُوعًا ثُمَّ أَخْرَجَهُ من طَرِيقِ مُسْلِمِ بن خَالِدٍ عن الْعَلَاءِ عن أبيه عن أبي هُرَيْرَةَ مَرْفُوعًا وَمُسْلِمٌ ضَعِيفٌ عِنْدَ بَعْضِهِمْ .

3- هو رافع بن خديج بن رافع الأنصاري الأوسي الحارثي: صحابي.كان عريف قومه بالمدينة، وشهد أحدا والخندق ، توفي في المدينة متأثرا من جراحه. الأعلام للزركلي - (٣ / ١٢).

4 - سقط من (ب).

5 - في (ب)" المرأة ".

6- أخرجه أبو داود في سننه -كتاب الْإِجَارَةِ - باب في كَسْبِ الْإِمَاءِ -رقم٣٤٢٧ (ج٣/ص٢٦٧) - وحسنه الألباني . ينظر صحيح وضعيف الجامع الصغير - (٢٧ / ٣).

7 - في (ب)كررت مرتين .

8 - في (ب)" التكسب ".

9 - في (أ)" ثم ".

10 - في (ب)" يرفع".

11 - في (ب)" نحوهما ".

12 - في (أ)" ولا " بدل "وله".

13 - في (أ)" و ".

14- الأزهار - (١ / ٨٧) .

وهذا هو المذهب وعليه الأكثر [١].

وروى عن ش في أحد قوليه أنه يلزم السيد أن يعن عبده[٢]، وحكم المدبر، وأم الولد، حكم المملوك القن في جميع ما تقدم .

قوله عليلم " **وتجب مواساة فقير** "أي يجب سد رمق الفقير محترم الدم كالمسلم والذمي إذا خشي عليه الهلاك من الجوع أو[٣]العطش أو البرد لا الحربي، فلا يجب سد رمقه إذ لبس بمحترم الدم.

قيل: وينوي ذلك من واجباته إن كانت، وإلا فمن ماله قرضاً أو مواساة ما لم يضطر هو إلى ما معه وذلك فرض عين على الواحد، وكفاية على الجماعة، وظاهر عبارة الأزهار وهو المفهوم من كلام أهل المذهب أن سائر الحيوانات التي لا تؤكل[٤] ولا يجوز قتلها كذلك يجب سد رمقها، يفهم ذلك مما ذكروه في باب التيمم، وأما الحيوانات التي يؤكل لحمها إذا خشي هلاكها من الجوع أو العطش ومالكها غائب أو ممتنع، فلا يجب سد رمقها لكنه يحسن، والأقرب أنه لا يجب على غير مالكها تذكيتها لذلك إلا حيث ثمة بينه يأمن الذابح معها التضمين ولا يبعد أن يجوز.ذكر معنى ذلك في الغيث[٥] .

وأما ما يجوز قتله كالخمسة وما ضر من غيرها، فلا يجب سد رمقه[٦] وذلك ظاهر.

وحذف قوله في الأزهار" الْمُؤَيِّدُ بِاَللَّهِ وَلَوْ بِنِيَّةِ الرُّجُوعِ"[٧] اختياراً لقول ط أنه لا يصح الرجوع إذ هو كإنفاق القريب بجامع الوجوب وهو المذهب، ولم يذكره المهدي عليلم للمذهب بل لقوته عنده ولم يظهر للمؤلف عليــلم وجه قوته [٨].

قوله عليــلم: " **وَذُو [نحو]** [٩] **الْبَهِيمَةِ يَعْلِفَ أَوْ يَبِيعَ أَوْ يُسَيِّبَ فِي مَرْتَعٍ** " أي ويجب على مالك [نحو] [١٠] البهيمة أن يعلف بهيمته علفاً مشبعاً وكذلك الطير والهر والكلب المملوكات يطعم كلّ منها ما يعتاد أكله ويسقى حيث يحتاج إلى السقي، وذلك لنحو ما أخرجه مسلم وغيره من حديث أَبي هُرَيْرَةَ قال: قال رَسُولَ اللَّهِ صلى الله عليه وآله

1- شرح الأزهار - (٢ / ٥٥٣).
2- المجموع - (٦ / ٨٥) .
3 - في (ب)" و " .
4 - في (أ، ب) "توكل" وكذا في بقيتهما.
5- الغيث المدرار ج٢(خ) .
6 - في (ب)" رمقها " .
7- الأزهار - (١ / ٨٧) .
8- شرح الأزهار - (٢ / ٥٥٤) .
9 - الزيادة من (أ).
10 - الزيادة من (أ).

[وسلم][1]: " عُذِّبَتْ امْرَأَةٌ في هِرَّةٍ ربطتها لم تُطْعِمْهَا ولم تَسْقِهَا ولم تَتْرُكْهَا تَأْكُلُ من خَشَاشِ الأرض "[2] انتهى.

وفي معناه أحاديث أخر.

خشاش الأرض بفتح الخاء المعجمة وشينين معجمتين بينهما ألف حشرات الأرض بالحاء المهملة ثم شين معجمة أي هوامها [3].

قيل: ويجب غصب العلف ونحوه لدابة أشرفت على التلف حيث لم يوجد غيره، ولم يبعه مالكه مع عدم ضرورته إليه، وإذا امتنع مالك الدابة من إطعامها كلف بيعها أو[4] إسامتها في مرتع تجترئ فيه بالرعي وترد الماء، ويؤمن عليها السبع، فإذا كان المرعى لا يكفيها كمل كفايتها، ولا يكفي تسييبها في المدن ونحوها، ولا حيث يخشى عليها السبع بل يكلف المالك علفها وسقيها وحفظها، ويجبره الحاكم على ذلك أو على إخراجها عن ملكه أو ذبحها إن كانت مأكولة، أو بيع جزء من الدابة لعلفها إن لم يكن له مال سواها ، فإن تمرد باعها الحاكم أو أجَّرها حسب ما يراه ويكفي بيع جزء منها إن أمكن فإن تعذر بيع الجزء بيعت كلها، وإن كان له مال غيرها باعه الحاكم بقدر الحاجة وأطعمها منه فإن لم يمكن تأجيرها ولا بيعها أطعمت من بيت المال، فإن لم يكن بيت مال فعلى المسلمين، وكذا الكلام في الرقيق وجميع ما سبق في هذه المسألة هو مذهب للعترة والشافعية [5].

وعن ح وأصحابه: لا يتحتم ذلك، وإنما يؤمن المالك بإطعام بهائمه[6] استصلاحاً إذ لا يثبت لها حق ولا خصومة [7/] ولا ينضب عنها فهي كالأشجار ونحوها [8].

قلنا: ذوات أزواج يجب حفظها ولو بغصب لخشية التلف، فأشبهت الآدمي.

---

1 - الزيادة من (ب).

2 -أخرجه البخاري في صحيحه - حَدِيثُ الْغَارِ -رقم٣٢٩٥ بلفظ "عُذِّبَتْ امْرَأَةٌ في هِرَّةٍ سَجَنَتْهَا حتى مَاتَتْ فَدَخَلَتْ فيها النَّارَ لَا هِيَ أَطْعَمَتْهَا ولا سَقَتْهَا إِذْ حَبَسَتْهَا ولا هِيَ تَرَكَتْهَا تَأْكُلُ من خَشَاشِ الأرض " (ج٣/ص١٢٨٤)وأخرجه مسلم في صحيحه- كِتَاب السَّلَامِ بَاب تَحْرِيمِ قَتْلِ الْهِرَّةِ رقم ٢٢٤٣.وليس في حديث أبي هريرة لفظة "ربطتها "وإنما هي في حديث أبي كُرَيْبٍ قال حدثنا أبو مُعَاوِيَةَ ح وحدثنا محمد بن الْمُثَنَّى حدثنا خَالِدُ بن الْحَارِثِ حدثنا هِشَامٌ بهذا الإسناد وفي حَدِيثِهِمَا رَبَطَتْهَا(ج٤/ص١٧٦٠).

3- النهاية في غريب الأثر - (٢ / ٩٠) .

4 - في (أ)"أم".

5- روضة الطالبين (٩ / ١٢٠) و شرح الأزهار - (٢ / ٥٥٥).

6 - في(أ،ب) "بهايمه".

7 - نهاية ورقة ١٦١ من (أ).

8- الدر المختار - (٣ / ٧٠١) بنحوه.

قوله عليــلم: " **وَهِيَ مِلْكُهُ فَإِنْ رَغِبَ [عَنْهَا]**[١] **فَحَتَّى تُؤْخَذَ** " يعني إذا سيبها غير راغب عنها، فهي باقية على ملكه فإن سيبها راغباً[٢] عنها لم تخرج عن ملكه أيضاً حتى يأخذها غيره فيملكها بذلك، وتخرج عن ملك المسيب لها، وفائـــــدةٌ بقائها على ملكه حيث سيبها غير راغب عنها أنه يحرم[٣] على غيره الانتفاع بها إلا بإذنه وأرش الجناية عليها له ومنها عليه، وأما حيث سيبها[٤] راغباً عنها فلا يحرم على غيره الانتفاع بها لكن الجناية قبل أن يوجد عليها، ومنها مضمونة للمسيب، وعليه ذكر معنى ذلك الفقيه ح[٥] للمذهب، ولعل الحيلة في خروجه عن الضمان لجنايتها أن يقفها إذا أمكن الانتفاع بها .

قيل: فإن لم نذر بها على الفقراء وفيه نظر، لأن من شرط النذر بالعين صحة الانتفاع، والمفروض أنه لا نفع فيها[٦].

فــــــرع: ولا يجوز أن يؤخذ[٧] من لبن البهيمة ما يضر ولدها ولا يجوز بيع ولدها قبل استغنائه عن اللبن إلا للذبح فوراً[/٨] ويجب على صاحب النحل أن يبقى شيئاً من العسل في الكوارة[٩] قوتاً للنحل لا سيما في الشتاء، فإن قام غير العسل مقامه لم يتعين العسل، وعلى صاحب دود القز[١٠] أن يعلفه ورق التوت كسائر الحيوانات المملوكة حتى يكمل نسجه لئلا يهلك من غير فائدة، فإذا كمل نسجه جاز تجفيفه في الشمس، وإن كان يهلك بذلك لتحصل فائدته .

تنبيــــــه: ولا يجبر مالك الأشجار والضياع والدور على إصلاحها لانتفاء[١١] حرمه الزوج لكن يندب أمره بإصلاحها لما في تركه من إضاعة المال المنهي عنها والله أعلم.

قوله عليــلم: "**وعَلَى الشَّرِيكِ حِصَّةَ غَائِبِ ومُتَمَرِّدِ ويَرْجِعُ بنيته** " يعني إذا كان المملوك مشركاً أو الدابة

---

1 - سقط من المخطوط.
2 - في (أ)" غير راغب "وهو تحريف.
3 - في (أ)" محرم ".
4 - في (ب)" يسيبها ".
5- في شرح الأزهار - (٢ / ٥٥٦) الفقيه ف وليس ح كما هو في المخطوط.
6- شرح الأزهار - (٢ / ٥٥٥) .
7 - في (أ،ب) "يوخذ ".
8 - نهاية ورقة ١٦٩ من (ب).
9- هي خلية النحل الأهلية وجمعها كوارات . المعجم الوسيط (٢ / ٨٠٤).
10-. هي عثة كبيرة بيضاء ذات أجنحة مخططة بالسواد، ويبلغ قياس العثة من نهايتي الجناحين ٥سم، كما أن جسم العثة قصير وأرجلها ضخمة نسبيًا. وتفرز خيوطاً من الحرير الفاخر . الموسوعة العربية العالمية - (بدون رقم).بتصرف .
11 - في (أ،ب) "لانتفآ ".

وغاب أحد الشركاء[1] أو تمرد من الإنفاق على حصته، فإنه يجب على الحاضر منهم أن ينفق على حصته وحصة شريكه الغائب أو المتمرد وله الرجوع عليهما بقدر حصتهما، حيث نوى الرجوع ولا يحتاج إلى إذن الحاكم في ذلك لأن ولاية على ما هو شريكٌ فيه على المختار للمذهب وهو قول م بالله وك [2].

وعند ح وأصحابه وش لا رجوع له إلا حيث أنفق بإذن الإمام أو الحاكم [3] .

لنـــــا ما تقدم آنفاً فأما حيث هو حاضر غير متمرد ولا إذن فلا رجوع له عليه إذ هو متبرع، وكذا حيث لم ينو الرجوع، والمراد بالغائب هنا الغائب عن موضع الحيوان في وقت حاجته إلى الإنفاق بحيث يلحقه ألم الجوع بالتأخير لا الغيبة التي يجوز فيها الحكم على الغائب.

وحذف قوله في الأزهار" وَإِلَا فَلَا "[4] لاستفادة ذلك من المفهوم وكذلك قوله[5] " مُؤَنِ[6] كُلِّ عَيْنٍ " إلى" غَالِبًا"[7] لأن العين إن كانت حيواناً فقد عرف حكمها مما تقدم، وإن كانت غير حيوان فليست بنفقة عرفية وستأتي أحكامها في أبوابها [إن شاء الله تعالى][8] ولأن الضمير[9] في قوله لغيره في يده، توهم العبارة عودهما إلى الشريك إذ لم يتقدم غيره وذلك لا يستقيم كما لا يخفى .

قوله عليـــلم: " **وَالضِّيَافَةُ عَلَى أَهْلِ الْوَبَرِ** "المراد بأهل الوبر البدو الذين[10] لا يباع عندهم الطعام والمعنى أنه يجب على من [ترك] [11] به مسلم أو ذميٌّ منهم أن يضيفه والعبارة مقتبسة من لفظ حديث الشهاب "الضيافة على أهل الوبر وليست على أهل المدر"[12]، وقد ضعف إسناد هذا الحديث لكن له شواهد فعن أبي كَرِيمَةَ [13] قال: قال

---

1 - في (أ) "الشركا" .

2- البحر الزخار (٧ / ٤٦٤)و شرح الأزهار - (٢ / ٥٥٦)و البيان الشافي (٤٤١/٢) .

3- البحر الزخار (٧ / ٤٦٤)و شرح الأزهار - (٢ / ٥٥٦) .

4- الأزهار - (١ / ٨٧) .

5 - في (ب) زيادة "وكذلك ".

6- في المخطوط "مون" .

7- الأزهار - (١ / ٨٧) .

8 - الزيادة من (أ) .

9 - في (ب)" الضميرين ".

10 - في (أ)" الذي ".

11 - الزيادة من (أ) .

12- مسند الشهاب لمحمد بن سلامة بن جعفر أبو عبد الله القضاعي- مؤسسة الرسالة – بيروت-ط٢ / ١٤٠٧ – ١٩٨٦- تحقيق : حمدي بن عبد المجيد السلفي(الضيافة على أهل الوبر وليست على أهل المدر رقم٢٨٤ (١ / ١٩٠). وهو حديث موضوع كما قال الألباني رحمه الله. ينظر صحيح وضعيف الجامع الصغير رقم ٨٠٤٢ (١٧ / ١٨٩).

13- هو المقدام بن معد يكرب بن عمرو بن يزيد بن معدي كرب بن سيار، أبو كريمة الكندي صحابي، قدم في صباه من اليمن مع وفد كندة على النبي صلى الله عليه وسلم وكانوا ثمانين راكبا، وسكن الشام بعد ذلك.ومات بحمص، وهو ابن ٩١ سنة، له

رسول الله صلى الله عليه وآله:" الضَّيْفِ حَقٌّ على كل مُسْلِمٍ فَمَنْ أَصْبَحَ بِفِنَائِهِ فَهُوَ عليه دَيْنٌ إن شَاءَ اقْتَضَاه[١] وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ"[٢] .

وفي رواية أنّ رسول الله صلى الله عليه وآله قال:"أَيُّمَا رَجُلٍ أَضَافَ قَوْمًا فَأَصْبَحَ الضَّيْفُ مَحْرُومًا فإن نَصْرَهُ حَقٌّ على كل مُسْلِمٍ حتى يَأْخُذَ بِقِرَى[٣] لَيْلَةٍ من زَرْعِهِ وَمَالِهِ." أخرجه أبو داود [٤] .

وعن عقبة بن عامر[٥] قال: قلت للنبي صلى الله عليه وآله:" إِنَّكَ تَبْعَثُنَا فَنَنْزِلُ بِقَوْمٍ لَا

يقرؤنا[٦][فما تَرَى] [٧]فقال لنا إن نَزَلْتُمْ بِقَوْمٍ فَأَمَرُوا لَكُمْ بِمَا يَنْبَغِي لِلضَّيْفِ فَاقْبَلُوا فَإِنْ لم يَفْعَلُوا فَخُذُوا منهم حَقَّ الضَّيْفِ الذي يَنْبَغِي له[٨]." أخرجه البخاري ومسلم وأبو داود وللترمذي نحوه [٩].

وقال: ومعنى هذا الحديث أنهم كانوا يخرجون في الغزو فيمرون بقومٍ ولا يجدون من الطعام ما يشترون بالثمن، فقال النبي صلى الله عليه وآله:" إن أبوا إلا أن تأخذوا كرهاً فخذوا." [١٠]هكذا روي في بعض الحديث مفسراً انتهى .وفي ذلك أحاديث أخر.

=أربعون حديثا، انفرد البخاري منها بحديث.روى عنه الشعبي.وعده ابن سعد في الطبقة الرابعة من أهل الشام. الأعلام للزركلي - (٧ / ٢٨٢).

1- في لفظ أبي داود "اقتضى" بدل "اقتضاه " .

2- أخرجه أبو داود في سننه - كِتَاب الْأَطْعِمَةِ - بَاب ما جاء في الضِّيَافَةِ رقم ٣٧٥٠ واللفظ له (ج٣/ص٣٤٢) "و البيهقي في السنن الكبرى- كتاب الجزية -باب الضيافة في الصلح -رقم١٨٤٧٤(ج٩/ص١٩٧). وصححه الألباني ينظر (السلسلة الصحيحة - مختصرة - (٥ / ٢٣٩)رقم٢٢٠٤.

3- في المخطوط "بقراء" .

4- في سننه- كِتَاب الْأَطْعِمَةِ - بَاب ما جاء في الضِّيَافَةِ -رقم٣٧٥١(ج٣/ص٣٤٣). وضعفه الألباني انظر (صحيح وضعيف الجامع الصغير - رقم ٥٠٤٥ (١١ / ٤٩٢).

5- هو عقبة بن عامر بن عبس بن مالك الجهني ،كان رديف النبي صلى الله عليه وسلم وشهد صفين مع معاوية، وحضر فتح مصر مع عمرو بن العاص،وولي مصر سنة ٤٤ هـ، وعزل عنها سنة ٤٧ هـ وولي غزو البحر.ومات بمصر،كان شجاعا فقيها شاعرا قارئا، من الرماة، وهو أحد من جمع القرآن،ومصحفه بمصر إلى الآن (أي إلى عصر ابن يونس) بخطه على غير تأليف مصحف عثمان، وفي آخره: وكتبه عقبة ابن عامر بيده، له ٥٥ حديثا. وفي القاهرة " مسجد عقبة بن عامر " بجوار قبره. (الأعلام للزركلي - (٤ / ٢٤٠).

6-في لفظ البخاري " فلا يَقْرُونَنَا "ومسلم " فلا يَقْرُونَنَا " وأبو داود" فما يَقْرُونَنَا" .

7 - سقط من (ب) وكتبت في (أ)"ترا".

8-في لفظ البخاري ومسلم وأبو داود" لهم " .

9- أخرجه البخاري في صحيحه -كِتَاب الْأَدَبِ - بَاب إِكْرَامِ الضَّيْفِ وَخِدْمَتِهِ إِيَّاهُ بِنَفْسِهِ -رقم٥٧٨٦ (ج٥/ص٢٢٧٣) . ومسلم في صحيحه -كِتَاب اللُّقَطَةِ -بَاب الضِّيَافَةِ وَنَحْوِهَا -رقم١٧٢٧ (ج٣/ص١٣٥٣)وأبو داود في سننه - كِتَاب الْأَطْعِمَةِ -بَاب ما جاء في الضِّيَافَةِ -رقم٣٧٥٢ (ج٣/ص٣٤٣). و الترمذي في سننه-كِتَاب السِّيَرِ - بَاب ما يَحِلُّ من أَمْوَالِ أَهْلِ الذِّمَّةِ - رقم١٥٨٩ (ج٤/ص١٤٨) -بنحوه .

10- أخرجه الترمذي في سننه-كِتَاب السِّيَرِ - بَاب ما يَحِلُّ من أَمْوَالِ أَهْلِ الذِّمَّةِ - (ج٤/ص١٤٨) .

قال في الغيث: وهذه المسألة قال بها الإمام المهدي على بن محمد قدس الله روحه، والخلاف في ذلك للأكثر من أهل البيت والفقهاء، وزعموا أنّ الحديث منسوخ والحجة لنا ما ذكرنا من الحديثين

والظاهر أنهما لم ينسخا فمن ادعى[١] النسخ فعليه الدليل.

وأما[٢] قوله صلى الله عليه وآله:" لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيبة من نفسه" [٣].

وقوله:" ليس في الْمَالِ حَقٌّ سِوَى الزَّكَاةِ"[٤] فذلك عموم مخصوص بنفقة القرابة ومواساة المضطر، وهذا[٥] الخبر الذي في الضيافة، فلا يصح أن يقال هما ناسخان لخبر الضيافة مهما لم يُعْلَم[٦] هـــ.

---

1 - في (أ،ب)" ادعا " وكذا في البقية فلا داعي لتكراره .

2 - في (ب)" فأما ".

3- أخرجه الدار قطني في سننه –كتاب البيوع رقم٨٧(٣ / ٢٥) " والبيهقي في السنن الكبرى - كتاب العارية - باب لا يملك أحد بالجناية شيئا جنى عليه إلا أن يشاء هو والمالك رقم ١١٣٠٤ -بلفظ " لا يحل لامرئ من مال أخيه إلا ما أعطاه من طيب نفس" (ج٦/ص٩٦) وبلفظ " لا يحل لامرئ من مال أخيه شيء إلا ما طابت به نفسه " ورقم ١١٣٠٦(٦ / ٩٧) وهو كذا في الدار قطني .و إسنادها حسن كما في (خلاصة البدر المنير ج٢/ص٨٨).

4- أخرجه ابن ماجه في سننه -كِتَاب الزَّكَاةِ - بَاب زَكَاةِ الْوَرِقِ وَالذَّهَبِ -رقم ١٧٨٩. (ج١/ص٥٧٠)وقال عنه الألباني ضعيف منكر. ينظر صحيح وضعيف سنن ابن ماجة - (٤ / ٢٨٩).

5 - في (أ)" فهذا ".

6- الغيث المدرار ج٢(خ) .

بَابُ الرِّضَاعِ

هو بكسر الراء وفتحها، وهو في اللغة: اسم لمص اللبن من الثدي [١].

وفي الشرع عبارة عن حصول لبن المرأة في معدة الطفل[٢] بشروط ستأتي[٣].

والأصل في ثبوت الحرمة بالرضاع من الكتاب قوله تعالى: **(**وَأُمهاتكُمُ اللاَّتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ **)**[٤] .

ومن السنة نحو ما ورد في الصحيحين وغيرهما، من حديث عائشة أن النبي صلى الله عليه وآله قال:" يَحْرُمُ من الرَّضَاعِ ما يَحْرُمُ من الْوِلَادَةِ "[٥] .

والإجماع منعقد على ثبوت حكمه في الجملة [٦]، والشروط التي[٧] لا تثبت الحرمة بالرضاع[٨] من دونها عند أهل المذهب خمسة قد تضمنها قوله عليلم " **مَنْ وَصَلَ معدته حياً** "هذا هو الشرط الأول، وهو أن يصل اللبن معدة الطفل، أي مستقر طعامه وشرابه حال كونه حياً، فلو لم يصل إلا إلى حلقه، أو صدره، أو وصل إلى معدته بعد موته لم يثبت حكمه، إذ لا يعتدى به، ويكفي في معرفة وصول اللبن معدته الظن الغالب .

وإنما عدل المؤلف[عليلم][٩] عن عبارة الأزهار، وهي: "مَنْ وَصَلَ جَوْفَهُ"[١٠] للتصريح بأن المعتبر وصوله المعدة، وزاد قوله: "حياً" للتصريح بأنه لا عبرة بوصوله معدته ميتاً .

قوله عليــلم: " **بغير نحو حقنه**"[/١١]

---

1 - أنيس الفقهاء - (١ / ١٥٢)و الإقناع للشربيني - (٢ / ٤٧٦).

2 -في (أ) الصبي .

3 - الإقناع للشربيني - (٢ / ٤٧٦) بنحوه.

4 - النساء:٢٣.

5 - أخرجه البخاري في صحيحه -كِتَاب النِّكَاحِ - بَاب ما يَحِلُّ من الدُّخُولِ وَالنَّظَرِ إلى النِّسَاءِ في الرَّضَاعِ -رقم٤٩٤١ (ج٥/ص٢٠٠٧). و مسلم في صحيحه -كِتَاب الرِّضَاعِ -بَاب يَحْرُمُ من الرَّضَاعَةِ ما يَحْرُمُ من الْوِلَادَةِ-رقم ١٤٤٤(ج٢/ص١٠٦٨) و أبو داود في سننه - بَاب يَحْرُمُ من الرَّضَاعَةِ ما يَحْرُمُ من النَّسَبِ -رقم٢٠٥٥(ج٢/ص٢٢١). كلهم بلفظ " يَحْرُمُ من الرَّضَاعَةِ ما يَحْرُمُ من الْوِلَادَةِ "والنسائي في السنن الكبرى-باب ما يحرم بالرضاعة -رقم٥٤٣٦ (ج٣/ص٢٩٥).واللفظ له .

6 - فتح الوهاب لزكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري أبي يحيى المتوفى سنة ٩٢٦هـ - دار الكتب العلمية ط١/ ١٤١٨ - بيروت- (٢ / ١٩٤).

7 -في (أ) "الذي".

8 -في (ب) "للرضاع" .

9 -الزيادة من (أ) .

10 - الأزهار - (١ / ٨٨).

11 -نهاية ورقة ١٦٢ من (أ) .

هذا [هو] [1] الشرط الثاني، وهو أن [يصل اللبن][2] معدة الطفل من فيه أو أنفه أو عينه[3] ،أو أذنه لا حقنه، وهو أن يوصل إلى معدته من دبره، أو نحو الحقنه كأن[4] يصل إليها[5] من طعنة، فلا يثبت حكم الرضاع بهما إذ لا يتغذى[6] به كما مر.

ولا اعتداد بما لا يحصل به الاغتذاء، لحديث أبي داود" لَا رِضَاعَ إلا ما أَنْبَتَ اللَّحْمَ وأنشز [7] الْعَظْمَ " [8]، وقيل: هو موقوف على ابن مسعود، وعلى ذلك إنما[9] يقوله [عن] [10] توقيف والله أعلم [11].

وعند المزني وهو أحد قولي ش: أن الحقنة تحرم كما أنها تفطر [12].

قلنا: لا نسلم الأصل.

وعن عطاء وداود: لا يحرم الإيجار[13] ونحوه، إذ الرضاع اسم لمص اللبن من الثدي فقط فلا حكم لغيره [14].

قلنا: العلة وصول اللبن المعدة على وجهٍ يعتدى به الطفل، وذلك يحصل بالإيجار ونحوه كالرضاع.

وقوله عليـــلم: " **فِي الْحَوْلَيْنِ**"هذا هو الشرط الثالث، وهو أن يكون الرضاع ونحوه قبل أن يكمل عمر الطفل حولين.

---

1 -الزيادة من (ب) .

2 -في (ب) بدل ما بين المعقوفين [يكون دخول اللبن إلى].

3 -في (ب) "عينيه".

4 -في المخطوط "كان " وكذا في البقية.

5 -في (ب) " يوصل إليه ".

6 -في (ب) " يعتدى ".

7 - أي غلظ العظم ويروى بالراء المهملة ومعناه الشدّة والقوة . (البدر المنير ج٨/ص٢٧١) .

8 - أخرجه أبو داود في سننه - بَاب في رِضَاعَةِ الْكَبِيرِ – رقم ٢٠٦٠ (ج٢/ص٢٢٢)وهو موقوف .ينظر خلاصة البدر المنير ج٢/ص٢٥٠. وقال الألباني حديث صحيح موقوفاً . ينظر صحيح أبي داود - (٦ / ٢٩٩).

9 -في (ب) " فإنما ".

10 -الزيادة من (ب) .

11 -ينظر البدر المنير (ج٨/ص٢٦٩)و خلاصة البدر المنير (ج٢/ص٢٥٠).

12 - مختصر المزني - (١ / ٢٢٧) والحاوي الكبير - (١١ / ٨٤٤).

13 - الإمْجَارُ : نَحْوُ الإيْجَارِ ، يُقال : أمْجَرَه اللَّبنَ وأوْجَرَه . ومَجِرَ مَجَراً بمعنى بَجِرَ : إذا أكْثَرَ من شُرْبِ الماءِ .. المحيط في اللغة - للصاحب الكافي الكفاة أب القاسم إسماعيل ابن عباد بن العباس بن أحمد بن إدريس الطالقاني- عالم الكتب - بيروت / لبنان - ١٤١٤هـ -١٩٩٤ م-ط١ تحقيق : الشيخ محمد حسن آل ياسين(٧ / ١٠٦).

14 - المحلى - (١٠ / ٧).

ولا حكم للرضاع بعد تمام الحولين عند الأكثر لقوله تعالى[1/]:(وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلاَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ }[٢] فجعل تمام الرضاع مؤقتاً بالحولين فأشعر بأن الحكم[٣]بعد الحولين بخلافه.

ولحديث:" لا رضاع إلا ما فتق المعا وكان في الحولين."رواه الدار قطني والبيهقي [٤].

وحديث أم سلمة أن النبي[٥] صلى الله عليه وآله:" لَا يُحَرِّمُ من الرِّضَاعِ[٦]إلا ما فَتَقَ المعا[٧] في الثَّدْيِ وكان قبل الْفِطَامِ." أخرجه الترمذي [٨].

وذهبت عائشة ثم داود إلى أنه يحرم مطلقاً ولو شيخاً، لحديث إرضاع سالم مولى أبي حذيفة[٩] وكان أبو حذيفة[١٠] قد تبناه في الجاهلية ولفظه فيما أخرجه الستة إلا الترمذي من رواية عائشة أن سَهْلَة بِنْت سُهَيْلِ بن عَمْرٍو امْرَأَةُ أبي حُذَيْفَةَ [١١] قالت: يا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّا كنا نَرَى سَالِمًا وَلَدًا، وقد أَنْزَلَ الله فيه ما قد عَلِمْتَ يعني (ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ)[١٢] الآية فكيف ترى يا رسول الله فقال لها رسول الله صلى الله عليه وآله أَرْضِعِيهِ فَأَرْضَعَتْهُ خَمْسَ

---

1 -نهاية ورقة ١٧٠ من (ب) .

2 - البقرة٢٣٣.

3 -في (ب) " بأنه يحكم ".

4 - لقد أدرج المصنف حديثين في حديث واحد فأصل الحديث كما هو في الدار قطني كتاب الرضاع- رقم ١٣بلفظ " لا تحرم المصة ولا المصتان ولكن ما فتق الأمعاء " (ج٤/ص١٧٥) وفي البيهقي- كتاب العدد - باب عدة المعتقة تحت عبد إذا اختارت فراقه -رقم١٥٤١٢ بلفظ " لا يحرم من الرضاعة إلا ما فتق الأمعاء"(ج٧/ص٤٥٦) والحديث الآخر كما هو في الدار قطني كتاب الرضاع رقم ١٠ بلفظ" لا رضاع إلا ما كان في الحولين " (ج٤/ص١٧٤). وهو كذا في سنن البيهقي الكبرى - كتاب العدد - باب ما جاء في تحديد ذلك بالحولين -رقم ١٥٤٤٦ (ج٧/ص٤٦٢) وهو موقوف.

5 -في (ب) " رسول الله ".

6 - في الترمذي" الرضاعة".

7 - في الترمذي "الْأَمْعَاءَ ".

8 - في سننه - كتَاب الرَّضَاعِ - بَاب ما جاء ما ذُكِرَ أَنَّ الرَّضَاعَةَ لَا تُحَرِّمُ إلا في الصِّغَرِ دُونَ الْحَوْلَيْنِ -رقم١١٥٢. قال أبو عِيسَى هذا حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ وَالْعَمَلُ على هذا عِنْدَ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ من أَصْحَابِ النبي r وَغَيْرِهِمْ أَنَّ الرَّضَاعَةَ لَا تُحَرِّمُ إلا ما كان دُونَ الْحَوْلَيْنِ وما كان بَعْدَ الْحَوْلَيْنِ الْكَامِلَيْنِ فإنه لَا يُحَرِّمُ شيئا (ج٣/ص٤٥٨).

9 - هو سالم مولى أبي حذيفة من السابقين الأولين البدريين المقربين العالمين ،قال موسى بن عقبة هو سالم بن معقل أصله من إصطخر وإلى أبا حذيفة وإنما الذي أعتقه هي ثبيتة بنت يعار الأنصارية زوجة أبي حذيفة بن عتبة وتبناه أبو حذيفة .كان من قراء الصحابة، وكان يؤم المهاجرين العصبة قبل مقدم رسول الله r ، استشهد رضي الله عنه في معركة اليمامة كما قال الواقدي . سير أعلام النبلاء (ج١/ص١٦٧).

10 -هو السيد الكبير الشهيد أبو حذيفة ابن شيخ الجاهلية عتبة بن ربيعة بن عبد شمس بن عبد مناف بن قصي بن كلاب القرشي العبشمي البدري أحد السابقين واسمه مهشم فيما قيل أسلم قبل دخولهم دار الأرقم وهاجر إلى الحبشة مرتين، كان أبو حذيفة طويلا حسن الوجه مرادف الأسنان وهو الاثعل استشهد أبو حذيفة رضي الله عنه يوم اليمامة سنة اثنتي عشرة هو ومولاه سالم. سير أعلام النبلاء (ج١/ص١٦٤) .

11 - هي سهلة بنت سهيل بن عمرو القرشية العامرية الصحابية؛ امرأة أبي حذيفة ابن عتبة بن ربيعة، روت عن النبي صلى الله عليه وسلم الرخصة في رضاع الكبير، وروى عنها القاسم بن محمد، وهي زوجة عبد الرحمن بن عوف، خلف عليها بعد أبي حذيفة . الوافي بالوفيات - (٥ / ١٧٣).

12 - الأحزاب:٥.

رَضَعَاتٍ فَكَانَ بِمَنْزِلَةِ وَلَدِهَا من الرَّضَاعَةِ" هكذا في إحدى الروايات[1] وكانت عائشة تعمل بذلك وَأَبَتْ ذلك أُمُّ سَلَمَةَ وَسَائِرُ أَزْوَاجِ النبي صلى الله عليه وآله، وقلن:"لا نَدْرِي لَعَلَّهَا رُخْصَةً لِسَالِمٍ دُونَ الناس"[2].

قلنا: فلا يقاس عليه كإباحة الحرير لعبد الرحمن[3] وكشهادة خزيمة[4][5]ونحوها، وقد انعقد الإجماع على خلاف قولهما.

وعن مالك: أن مدة الرضاع حولان وشهراً أو[6] شهران [7]، وعنه مثلنا.

وعند[8] ح ثلاثون شهراً للآية قال زيدت الستة الأشهر تكملة للتغذية فكانت كالحولين.

وعن زفر: حتى يستغنى عن اللبن ولو إلى ثلاث سنين [9]. لنا ما تقدم.

ولو استغنى بالطعام في الحولين، لم يبطل بذلك حكم الرضاع عند العترة والفريقين [10].

وقال مالك: بل يبطل إذ من شرطه التغذية [11].

---

1 - أخرجه البخاري في صحيحه -كِتَاب النِّكَاح -بَاب الْأَكْفَاءِ في الدِّينِ وَقَوْلُهُ وهو الذي خَلَقَ من الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا وكان رَبُّكَ قَدِيرًا - رقم٤٨٠٠ (ج٥/ص١٩٥٧). ومسلم في صحيحه -كِتَاب الرِّضَاعِ - بَاب رِضَاعَةِ الْكَبِيرِ –رقم ١٤٥٣(ج٢/ص١٠٧٦).وأبو داود في سننه -كِتَاب النِّكَاحِ -بَاب فِيمَنْ حَرَّمَ بِهِ -رقم٢٠٦١ واللفظ له (ج٢/ص٢٢٣).والنسائي في السنن الكبرى - كتاب النكاح - باب القدر الذي يحرم من الرضاعة وذكر اختلاف ألفاظ الناقلين للخبر في ذلك عن عائشة -رقم٥٤٤٩ (ج٣/ص٢٩٨).وابن ماجه في سننه -كِتَاب النِّكَاحِ -بَاب رِضَاعِ الْكَبِيرِ - رقم١٩٤٣(ج١/ص٦٢٥).

2 - أخرجه أبو داود في سننه -كِتَاب النِّكَاحِ -بَاب فِيمَنْ حَرَّمَ بِهِ -رقم٢٠٦١ (ج٢/ص٢٢٣). وهو صحيح كما قال الألباني ينظر .صحيح أبي داود - (٦ / ٣٠٢).

3 - ابن عوف وقد تقدمت ترجمته.

4 -كما في سنن أبي داود -كتاب الْإِجَارَةِ -بَاب إذا عَلِمَ الْحَاكِمُ صِدْقَ الشَّاهِدِ الْوَاحِدِ يَجُوزُ له أَنْ يَحْكُمَ بِهِ –رقم ٣٦٠٧ . وفيه أَنَّ النبي صلى الله عليه وسلم ابْتَاعَ فَرَسًا من أَعْرَابِيٍّ فَاسْتَتْبَعَهُ النبي صلى الله عليه وسلم لِيَقْضِيَهُ ثَمَنَ فَرَسِهِ فَأَسْرَعَ رسول اللَّهِ صلى الله عليه وسلم الْمَشْيَ وَأَبْطَأَ الْأَعْرَابِيُّ فَطَفِقَ رِجَالٌ يَعْتَرِضُونَ الْأَعْرَابِيَّ فَيُسَاوِمُونَهُ بِالْفَرَسِ ولا يَشْعُرُونَ أَنَّ النبي صلى الله عليه وسلم ابْتَاعَهُ فنادى الْأَعْرَابِيُّ رَسُولَ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم فقال إن كُنْتَ مُبْتَاعًا هذا الْفَرَسِ وَإِلَّا بِعْتُهُ فَقَامَ النبي صلى الله عليه وسلم حين سمع نِدَاءَ الْأَعْرَابِيِّ فقال أو ليس قد ابْتَعْتُهُ منك فقال الْأَعْرَابِيُّ لَا والله ما بِعْتُكَهُ فقال النبي صلى الله عليه وسلم بَلَى قد ابْتَعْتُهُ مِنْكَ فَطَفِقَ الْأَعْرَابِيُّ يقول هَلُمَّ شَهِيدًا فقال خُزَيْمَةُ بن ثَابِتٍ أنا أَشْهَدُ أَنَّكَ قد بَايَعْتَهُ فَأَقْبَلَ النبي صلى الله عليه وسلم على خُزَيْمَةَ فقال بِمَ تَشْهَدُ فقال بِتَصْدِيقِكَ يا رَسُولَ اللَّهِ فَجَعَلَ رسول اللَّهِ صلى الله عليه وسلم شَهَادَةَ خُزَيْمَةَ بِشَهَادَةِ رَجُلَيْنِ . (ج٣/ص٣٠٨).وصححه الألباني في الإرواء (٥ / ١٢٧).

5 -خزيمة هو خزيمة بن ثابت بن الفاكة بن ثعلبة الأنصاري، أبو عمارة: صحابي، من أشراف الأوس في الجاهلية والإسلام، ومن شجعانهم المقدمين، كان من سكان المدينة، وحمل راية بني خطمة يوم فتح مكة.وعاش إلى خلافة علي بن أبي طالب، وشهد معه صفين، فقتل فيها، ولقب بذي الشهادتين . ينظر الأعلام للزركلي (٢ / ٣٠٥).و الوافي بالوفيات - (٤ / ٤٣٤).

6 -في (أ) " و ".

7 - الشرح الكبير للشيخ الدردير - (١ / ٤٢٠) وبداية المجتهد ونهاية المقتصد - (١ / ٤٢٣).

8 -في (ب) " عن ".

9 - العناية شرح الهداية - (٥ / ١٣٠).

10 - تحفة الفقهاء - (٢ / ٢٣٧).

11 - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - (١٠ / ٢٥٩).

قلنا: هي حاصلة به إن استعمل .

وقوله عليـــلم:" **لَبَنَ آدَمِيَّةٍ وَلَوْ مَيِّتَةً** "هذا هو الشرط الرابع فلا حكم للبن غير الآدمية، فلو ارتضع الطفلان[١] من بهيمةٍ لم يصيرا أخوين عند الأكثر، إذ الإخوة فرع كون المرضعة أماً، وذلك غير حاصل في البهيمة [٢].

وقال عطاء ومالك: استرضعا ثدياً واحداً فكان كثدي الآدمية.[٣] قلنا: الخطاب بالتحريم متعلق بالآدميين فافترقا، ولا يحرم لبن الذكر عند الأكثر، إذ لم يتعلق به الخطاب، وعن الكرابيسي[٤] من الشافعية يحرم إذ هو آدمي كالمرأة [٥].

قلنا: الخطاب لا يتناول لبنه عرفاً فافترقا.

ولا يحرم لبن الْخُنْثَى اللَّبْسَة [٦] وإن كثر، خلافاً لبعض الشافعية إن أنكرت النساء حصول مثله من الرجل إذ دليل الأنوثة. [٧] قلنا: لا نسلم .

فـــــرع: والمرأة الكافرة كالمسلمة[٨] في ذلك، لتحريم ابنة حمزة على النبي صلى الله عليه وآله لتراضعمهما كما رواه عليٌّ عليـــلم: قال قلت: يا رَسُولَ اللَّهِ مالك تَنَوَّقُ[٩] في [نساء] [١٠] قُرَيْشٍ وَتَدَعُنَا قال وَعِنْدَكُمْ شَيْءٌ قلت: نعم بِنْتُ حَمْزَةَ[١١] فقال رسول اللَّه صلى الله عليه وآله إِنَّهَا لَا تَحِلُّ لي إِنَّهَا ابْنَةُ أَخِي من الرَّضَاعَةِ." [أخرجه مسلم والنسائي [١٢].

---

1 -في (أ) " الطفل".

2 - شرح الأزهار - (٢ / ٥٥٩).

3 -الصحيح من مذهب مالك أن ذلك مقصور على الآدميات لو ارتضع طفلان من لبن بهيمة لم يثبت بينهما إخوة الرضاع. المدونة (٦ / ٣٧٣)والتلقين، تأليف: عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي المالكي أبي محمد، - المكتبة التجارية - مكة المكرمة - ١٤١٥، ط١، تحقيق: محمد ثالث سعيد الغاني (١ / ٣٥٢). والتاج والإكليل لمختصر خليل - (٦ / ٢٧٣).

4 - هو الحسين بن علي بن يزيد أبو علي البغدادي الكرابيسي نسبة لبيعه الكرابيس وهي الثياب الغليظة، أخذ الفقه عن الشافعي وكان بداية أمره على مذهب أهل الرأي ، متكلما عارفا بالحديث له تصانيف كثيرة في أصول الفقه وفروعه، توفي سنة خمس وأربعين ومائتين وقيل سنة ثمان وأربعين. طبقات الشافعية لابن قاضى شهبة (١ / ٦٣)بتصرف.

5 - روضة الطالبين (٩ / ٣). و المجموع - (١٨ / ٢٢٣).

6 -الخنثى هو الذي لَهُ ما للرِّجَالُ وما للنِّساء . تهذيب اللغة (٧ / ١٤٥).

7 -الأم - (٥ / ٣٨) والأشباه والنظائر (١ / ٣٩٥) وفتح الوهاب - (٢ / ١٩٤).

8 -في (ب) " والمرأة المسلمة كالكافرة".

9 - تتَوَّق تَفَعَّل من التَّوْق وهو الشَّوق إلى الشيء والنُّزوع إليه، والأصل تتوق بثلاث تاآتٍ فحذف تاء الأصل تَخْفيفا أراد : لِمَ تَتَزَوَّج في قريش غيرَنا وتدعُنا يعني بني هاشم . النهاية في غريب الأثر - (١ / ٥٥١).

10 - لا توجد في لفظ مسلم والنسائي .وإنما في مسند أبي يعلى لأحمد بن علي بن المثنى أبي يعلى الموصلي التميمي –باب مسند علي بن أبي طالب رضي الله عنه - دار المأمون للتراث – دمشق -ط١ ١٤٠٤ – ١٩٨٤ -تحقيق : حسين سليم أسد. (١ / ٣١٠) .

11 -هي أم ورقة بنت حمزة بن عبد المطلب بنت عم رسول الله صلى الله عليه و سلم اختلفوا في اسمها فمنهم من قال عمارة ومنهم من قال أمامة وقد قيل أم الفضل . الثقات لابن حبان - (٣ / ٤٦٦)

12 - أخرجه مسلم في صحيحه -كِتَاب الرِّضَاعِ -بَاب تَحْرِيمِ ابْنَةِ الْأَخِ من الرَّضَاعَةِ -رقم١٤٤٦ (ج٢/ص١٠٧١).والنسائي - كتاب النكاح -باب تحريم بنت الأخ من الرضاعة –رقم ٥٤٤٦ (ج٣/ص٢٩٧) .

وعن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وآله أريد على ابنة حمزة فقال إنها لَا تَحِلُّ لي إنها ابنة أخي من الرضاعة][1] و يَحْرُمُ من الرضاعة ما يَحْرُمُ من النَّسَبِ [2]، وفي رواية " من الرَّحِمِ" أخرجه البخاري ومسلم والنسائي هــ[3].

فائــــدةٌ: المرأة التي رضع منها النبي صلى الله عليه وآله وحمزة وأبو سلمة[4] هي ثُويبَة[5] بضم الثاء المثلثة وفتح الواو وثم ياء[6] مثناة من تحت ساكنة، ثم باء موحدة مولاة أبي لهب[7] .

وقــــوله عليلم:" ولَوْ مَيِّتَةً " هذا مذهب القاسمية والحنفية وك أن الميتة كالحية لعموم قوله تعالى: (مِّنَ الرَّضَاعَةِ)[8] [9].

وذهب ش إلى أن لبن الميتة لا يحرم، إذ هو حرام غير محترم، فأشبه لبن الرجل، ولأن حصول اللبن في معدة الطفل الميت لا يحرم فكذلك لبن الميتة بجامع الموت [10].

قلنا: لا تغذية بإيجار الميت فافترقا، ولأن الذكر لا يتناوله الخطاب كما مر فلا قياس مع الفرق، فأما حيث انفصل اللبن من المرأة قبل موتها وسقيه الصبي بعد موتها فيقتضي

---

1 -الزيادة من (أ) .

2 - أخرجه البخاري في صحيحه -كِتَاب الشَّهَادَاتِ - بَاب الشَّهَادَةِ على الْأَنْسَابِ وَالرَّضَاعِ الْمُسْتَفِيضِ ....-رقم٢٥٠٢ بلفظ" عن ابن عَبَّاسٍ رضي الله عنهما قال: قال النبي صلى الله عليه وسلم في بِنْتِ حَمْزَةَ لَا تَحِلُّ لي يَحْرُمُ من الرَّضَاعِ ما يَحْرُمُ من النَّسَبِ هيَ بِنْتُ أَخِي من الرَّضَاعَةِ "(ج٢/ص٩٣٥). و مسلم في صحيحه -كِتَاب الرِّضَاعِ - بَاب تَحْرِيمِ ابْنَةِ الْأَخِ من الرَّضَاعَةِ -رقم١٤٤٧ (ج٢/ص١٠٧١). والنسائي في السنن الكبرى - كتاب النكاح -باب تحريم بنت الأخ من الرضاعة - رقم٥٤٤٧ (ج٣/ص٢٩٧).

3 - أخرجه مسلم في صحيحه -كِتَاب الرِّضَاعِ - بَاب تَحْرِيمِ ابْنَةِ الْأَخِ من الرَّضَاعَةِ - رقم١٤٤٧(ج٢/ص١٠٧١).

4 -هو أبو سلمة ابن عبد الأسد بن هلال بن عبد الله بن عمر بن مخزوم بن يقظة بن مرة بن كعب.السيد الكبير أخو رسول الله صلى الله عليه وسلم من الرضاعة، وابن عمته برة بنت عبد المطلب، وأحد السابقين الأولين، هاجر إلى الحبشة، ثم هاجر إلى المدينة، وشهد بدرا، ومات بعدها بأشهر، وله أولاد صحابة: كعمر وزينب وغيرهما، ولما انقضت عدة زوجته أم سلمة تزوج بها النبي صلى الله عليه وسلم، وروت عن زوجها أبي سلمة القول عند المصيبة، وكانت تقول: من خير من أبي سلمة، وما ظننت أن الله يخلفها في مصابها به بنظيره، فلما فتح عليها بسيد البشر، اغتبطت أيما اغتباط. . سير أعلام النبلاء - (١ / ١٥٠).

5 - هي أول مرضعة للنبي صلى الله عليه وسلم كانت جارية أبي لهب.وأرضعت النبي بلبن ابنها مسروح وكانت تدخل على النبي بعد أن تزوج خديجة فكانت خديجة تكرمها.وأعتقها أبو لهب لما هاجر النبي إلى المدينة.وكان الرسول صلى الله عليه وسلم يبعث إليها من المدينة بكسوة وحلة حتى ماتت بعد فتح خيبر. (الأعلام للزركلي - (٢ / ١٠٢).

6 -في المخطوط "يآ" .

7 -هو عبد العزى بن عبد المطلب بن هاشم، من قريش: عم رسول الله صلى الله عليه وآله وأحد الأشراف الشجعان في الجاهلية، ومن أشد الناس عداوة للمسلمين في الإسلام.كان غنيا عتيا، كبر عليه أن يتبع دينا جاء به ابن أخيه، فآذى أنصاره وحرض عليهم وقاتلهم.وفيه الآية " تبت يدا أبي لهب، وتب.ما أغنى عنه ماله وما كسب ". وكان أحمر الوجه، مشرقا، فلقب في الجاهلية بأبي لهب.مات بعد وقعة بدر بأيام ولم يشهدها. الأعلام للزركلي - (٤ / ١٢) .

8 - النساء:٢٣.

9 - بدائع الصنائع (٤ / ٨) وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير(١٠ / ٢٥٧) وتحرير أبي طالب (١ / ٣٢٨).

10 - الأم - (٥ / ٣٣).والحاوي الكبير ــ للماوردي - (١١ / ٨٥٣).

التحريم اتفاقاً، إذ لا مانع، وقد دخل تحت قوله آدمية، الميتة والبكر المزوجة والخالية ، وأما الصغيرة فقد أخرجها بقوله " **في التاسعة** " فما[١] لم تدخل[٢] الآدمية في السنة التاسعة لا يحرم لبنها إجماعاً، وهذا هو الشرط الخامس، وهذا الذي اختاره المؤلف [عليلم] [٣] من حصول التحريم بلبن التساعيّة[٤] هو اختيار ص بالله والأمير علي بن الحسين وهو أحد وجهين ذكرهما في البحر [٥].

وقال ض زيد والأمير الحسين وش وغيرهم: أن الشرط دخولها في العاشرة وهو الذي في الأزهار وغيره [٦].

ومبنى الخلاف على أنها هل تصح أن تعلق في التاسعة إذ لا [ولا] [٧] يكون ذلك إلا في العاشرة، والوجه أنها إذا لم تبلغ سناً يصح فيه العلوق فهي كالذكر في عدم اقتضاء لبنها الحرمة، إذ لا يتناوله الخطاب، فمتى تكاملت[٨]الشروط المذكورة اقتضى التحريم وإن قل، ولا يعتبر تكرر الرضعات[٩] ونحوها عند العترة والحنفية ومالك، وهو المروي عن علي عليــلم وابن عباس وابن عمر وابن المسيب إذ لم يفصل الدليل [١٠].

وعن عائشة وابن الزبير وجماعة من التابعين والشافعي وأحمد وإسحاق لا يحرم إلا الخمس الرضعات فصاعدا[١١] لحديث عائشة قالت كان فِيمَا أُنْزِلَ الله من الْقُرْآنِ عَشْرُ رَضَعَاتٍ مَعْلُومَاتٍ يحرمن، ثُمَّ نُسِخْنَ بِخَمْسٍ مَعْلُومَاتٍ فَتُوُفِّيَ رسول اللَّهِ صلى الله عليه وآله وَهُنَّ فِيمَا يُقْرَأُ من الْقُرْآنِ" أخرجه الستة إلا البخاري [١٢].

---

1 -في (أ) "فمهما".
2 -في (أ) "يدخل".
3 -الزيادة من (أ) .
4 - أي التي بلغت تسع سنوات.
5 -البحرالزخار دار الكتب العلمية (٤/٤١٥).
6 - الأزهار (١ / ٨٨)و شرح الأزهار (٢ / ٥٥٩) و أسنى المطالب في شرح روض الطالب (٣ / ٤١٥).
7 -الزيادة من (أ) .
8 -في (ب) "كملت".
9 -في (أ) "الرضاعات".
10 - بدائع الصنائع - (٤ / ٧)و بداية المجتهد - (٢ / ٢٩)و الشرح الكبير لابن قدامه - (٩ / ٢٠٠).
11 - المراجع السابقة. والأم - (٧ / ٢٣٧).
12 -أخرجه مسلم في صحيحه -كِتَاب الرِّضَاعِ - بَاب التَّحْرِيمِ بِخَمْسِ رَضَعَاتٍ -رقم١٤٥٢ (ج٢/ص١٠٧٥) . و أبو داود في سننه -كِتَاب النِّكَاحِ -بَاب هل يُحَرِّمُ ما دُونَ خَمْسِ رَضَعَاتٍ -رقم٢٠٦٢ واللفظ له(ج٢/ص٢٢٣). والترمذي في سننه -بَاب ما جاء لَا تُحَرِّمُ الْمَصَّةُ ولا الْمَصَّتَانِ -رقم١١٥٠(ج٣/ص٤٥٥).و النسائي في السنن الكبرى - كتاب النكاح -باب القدر الذي يحرم من الرضاعة .... -رقم٥٤٤٨ (ج٣/ص٢٩٨).و سنن ابن ماجه -كِتَاب النِّكَاحِ -رقم١٩٤٢ -بَاب لَا تُحَرِّمُ الْمَصَّةُ ولا الْمَصَّتَانِ(ج١/ص٦٢٥).

وروي أن هذه [١/] الزيادة كانت مكتوبة في صحيفة تحت السرير فاشتغل الناس بجهاز رسول الله صلى الله عليه وآله فدخلت الداجن وهي شاة البيت فأكلتها [٢].

قال في البحر: قلنا لو كان قرآناً لتواتر ولما أكلته الداجن [٣].

وقال في شرح الإرشاد: في قولها: "وتوفي رسول الله صلى الله عليه وآله وهي فيما يقرأ من القرآن"[٤] ما لفظه، وحمل ذلك على مقارنة الوفاة، أو على أن من قرأه لم يبلغه النسخ، أو أن المراد قراءة حكمها انتهى[٥].

وفيه ما لفظه "والمعتبر في تعدد الرضعات العرف، لأن التقدير يؤخذ من الشرع أو اللغة أو العرف ولم يرد بذلك توقيف، ولا له حد في اللغة فيتبع فيه العرف، فتتعدد الرضعات بطول فصل بينها[٦]، فإذا ارتضع الطفل ثم قطعه قطع اعراض، أو اشتغل بغيره ثم عاد وارتضع، أو قطعته المرضعة[٧/] كذلك فهما رضعتان لا تتحول، أي لا حال كون مصيرها[٨] خمساً بسبب تحول من ثدي إلى ثدي، ولا بسبب لهْوٍ وعَودٍ بأن لهى[٩] عن الثدي ثم عاد إليه فارتضع، فلا تتعدد الرضعات بذلك وكذا[١٠] لا تتعدد بقطع المصّ لنفس[١١]أو لتخلل نومة خفيفة، ولا بأن قامت المرضعة لشغل خفيف ثم عادت إلى الإرضاع انتهى[١٢].

---

1 -نهاية ورقة ١٦٣ من (أ) .

2 - أخرجه الدار قطني في سننه -كتاب الرضاع -رقم٢٢ (ج٤/ص١٧٩). وكذلك رواه أبو يعلى الموصلي في سنده ورواه البيهقي في المعرفة في الرضاع من طريق الدار قطني بسنده المتقدم ومتنه وكذلك رواه البزار في مسنده وسكت والطبراني في معجمه الوسط في ترجمة محمود الواسطي وروى إبراهيم الحربي في كتاب غريب الحديث بالسند المتصل عن ابن أبي بردة أن الرجم أنزل في سورة الأحزاب وكان مكتوبا في خوصة في بيت عائشة فأكلتها شاتها انتهى (تخريج الأحاديث والآثار ج٣/ص٩٤).قال أحمد هكذا بلغنا هذا الحديث وهذا أمر وقع فأخبرت عن الواقعة دون تعليق حكم بها وقد كانت آية الرجم معلومة عن الصحابة وعلموا نسخ تلاوتها وإثباتها في المصحف دون حكمها وذلك حين راجع النبي صلى الله عليه وسلم عمر في كتبها فلم يأذن له فيها وأما رضاعة الكبير فهي عند غير عائشة منسوخة أوْ كانت رخصة لسالم وحده فلذلك لم يثبتوها وأما رضاعته عشراً فقد أخبرت في رواية عمرة عن عائشة أنها صارت منسوخة بخمس يحرمن فكان نسخ حكمها وتلاوتها معلوماً عند الصحابة فلأجل ذلك لم يثبتوها لا لأجل أكل الداجن صحيفتها وهذا واضح بيِّن بحمد الله ونعمته. معرفة السنن والآثار ج٦/ص٩١).

3 -البحرالزخار دار الكتب العلمية (٤/٤١٩).

4 -سبق تخريجه آنفاً.

5 - شرح الإرشاد (١/١٧٤) .

6 -في (أ) "بينهما".

7 -نهاية ورقة ١٧١ (ب).

8 -في (ب) " مصيرهما ".

9 -في (ب) " لهيَ ".

10 -في (أ) " كذلك ".

11 -في (ب) " لتنفس ".

12 - شرح الإرشاد (١/١٧٤) .

وعن زيد بن ثابت وداود وأبي ثور وابن المنذر[1]: لا تحرم إلا الثلاث الراضعات فصاعدا[2] لحديث أم الفضل[3] قالت دخل أعرابي على رسول الله صلى الله عليه وآله وهو في بيتي فقال يا نبي الله[4] إني كانت لي امرأة فتزوجت عليها أخرى فَزَعَمَتِ الأُولَى أنها أَرْضَعَتِ الْحُدْثَى [5] رضعة أو رضعتين فقال صلى الله عليه وآله[6]:"لا تُحَرِّمُ الاملاجة[7] والاملاجتان"[8] [9].

وفي رواية" لَا تُحَرِّمُ الرَّضْعَةُ ولا[10] الرَّضْعَتَانِ ولا[11]الْمَصَّةُ أو الْمَصَّتَانِ" أخرجه مسلم[12].

وفي رواية[13] النسائي "لا تحرم الاملاجة والاملاجتان"[14] ولمسلم وغيره عن عائشة أن النبي صلى الله عليه وآله [وسلم] [15] قال:" لَا تُحَرِّمُ الْمَصَّةُ ولا الْمَصَّتَانِ "[16]، وللنسائي من طريق آخر [17]

1- هو أبو بكر إبراهيم بن المنذر النيسابوري نزيل مكة ،إمام فقيه أحد الأعلام لم يقلد أحدا في آخر عمره، توفي سنة تسع أو عشر وثلاثمائة، له تصانيف كثيرة كالإجماع والإشراق والإقناع.(طبقات الفقهاء ٢٠١/١).

2 - الشرح الكبير لابن قدامه - (٩ / ٢٠٠).

3 - هي لبابة بنت الحارث بن حزن الهلالية، أخت ميمونة أم المؤمنين وزوج العباس بن عبد المطلب وأم أكثر بنيه، يقال:إنها أول امرأة أسلمت بعد خديجة ،وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يزورها ويقيل عندها. وروت عنه أحاديث كثيرة، وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يزورها ويقيل عندها. وروت عنه أحاديث كثيرة. الوافي بالوفيات - (٧ / ٢٩٥)

4 - في (أ) " يا رسول الله ".

5 - في (أ) " الحدثا ".ومعنى (الحدثي) أي الجديدة وهو تأنيث أحدث صحيح مسلم- (٢ / ١٠٧٤) .

6 - في (ب) " رسول الله ص~ ".

7 - الملج: تناول الثدى بأدنى الفم. يقال: ملج الصبي أمه، أي رضعها. وامتلج الفصيل ما في الضرع: امتصه. والاملاج: الإرضاع . الصحاح للجوهري (٢ / ٣٦٥).وباختصار (الإملاجة) هي المصة يقال ملج الصبي أمه وأملجته .صحيح مسلم- (٢ / ١٠٧٤) .

8 - في (ب) " والاملاجتين ".

9 -أخرجه أحمد بن حنبل في مسنده - حديث أُمِّ الْفَضْلِ بن عَبَّاسٍ وهي أُخْتُ مَيْمُونَةَ رضي الله عنها -رقم٢٦٩٢٢ (ج٦/ص٣٤٠) . و الطبراني في المعجم الكبير -باب ما رَوَى عبد اللَّهِ بن الْحَارِثِ بن نَوْفَلٍ عن أُمِّ الْفَضْلِ بنتِ الْحَارِثِ - رقم٢٦ (ج٢٥/ص٢١). و البيهقي في السنن الصغرى (نسخة الأعظمي) رقم٢٨٧٣(ج٦/ص٥٠٨). و سعيد بن منصور في سننه- آخر كتاب الوصايا -باب ما جاء في ابنة الأخ من الرضاعة واللفظ بنحوه -رقم٩٧٠ (ج١/ص٢٧٧). وصححه الألباني. ينظر صحيح وضعيف الجامع الصغير - رقم١٣١٩٦ (٢٧ / ٢٦٨).

10 - في لفظ مسلم "أو"بدل "ولا".

11 - في لفظ مسلم "أو"بدل "ولا".

12 - في صحيحه -كِتَاب الرِّضَاعِ - بَاب في الْمَصَّةِ وَالْمَصَّتَانِ -رقم١٤٥١ (ج٢/ص١٠٧٤).

13 -في (أ) " رواه " والصحيح ما أثبته.

14 - أخرجه النسائي في السنن الكبرى- كتاب النكاح - باب القدر الذي يحرم من الرضاعة وذكر اختلاف ألفاظ الناقلين للخبر في ذلك عن عائشة رقم -٥٤٥٧ (ج٣/ص٢٩٩). وصححه الألباني. ينظر صحيح وضعيف الجامع الصغير - رقم١٣١٩٦ (٢٧ / ٢٦٨).

15 -الزيادة من (ب) .

16 -أخرجه مسلم في صحيحه -كِتَاب الرِّضَاعِ - بَاب في الْمَصَّةِ وَالْمَصَّتَانِ -رقم١٤٥١ (ج٢/ص١٠٧٤).و أبو داود في سننه -كِتَاب النِّكَاحِ -باب هل يُحَرِّمُ ما دُونَ خَمْسِ رَضَعَاتٍ -رقم٢٠٦٣(ج٢/ص٢٢٤).

17 -في (ب) " أخرى ".

لا تحرم الخطفة ولا الخطفتان." [١] ح~: الاملاجة بالجيم هي المصة.

قال في البحر: قلت لعله أراد ما لم يصل الجوف إذ قد روي "المصة والمصتان، والاملاجة والاملاجتان"[٢] ومثلهما لا [يكاد] [٣] يصل [الجوف] [٤] في الأغلب انتهى [٥].

قوله عليـــلم "**ولومُتَغَيِّرًا ط غَالِبًا** "أي ولو تناول الطفل اللبن بعد أن تغير بأن طبخ أو حمض أو انتزع دهنه وأوجر الصبي و[٦] نحو ذلك، فانه يقتضي التحريم كما لو تغير.

قال ط: إلا الجبن فإنه لا يحرم، وكذلك الاقط، ومثله في البحر عن الهادي والناصر والإمام ح، و ح إذ لا ينبت اللحم بل يضر [٧].

وذهب م بالله وش إلى أنه يحرم إذ يفتق المعا ويغذي [٨]، وقواه المؤلف عليلم ولذلك أشار إلى ضعف ما ذكره ط بنسبة الاحتراز بقوله غالباً إليه.

قوله عليلم:" **أَوْ مع غَيْرِهِ وهُوَ الْغَالِبُ** " مفهومه أنه إن اختلط بجنسه وهو لبن الآدميات اقتضى[٩] التحريم سواء كان غالباً أم مغلوباً إذا كان يصل الجوف، [لو انفرد وأما إذا لم يكن كذلك فسيأتي حكمه وأما إذا اختلط بغيره أي تغير جنسه كالماء والمرق ولبن البهائم الرتق، فانه لا يقتضي التحريم إلا إذا كان غالباً لمختلط به وكان يصل الجوف] [١٠]على انفراده فإن كان مغلوباً أو مساوياً لم يقتض[١١] التحريم على المذهب، وهو قول الحنفية وبعض الناصرية.

وض زيد[١٢] أنّ المساوي يقتضي التحريم لا المغلوب فلا يقتضيه حكى هذه الأقوال في الغيث ثم قال لنا قوله صلى الله عليه وآله: "الرضاع ما أنبت[١٣]

---

1 -أخرجه النسائي في السنن الكبرى- كتاب النكاح –باب القدر الذي يحرم من الرضاعة وذكر اختلاف ألفاظ الناقلين للخبر في ذلك عن عائشة، -رقم٥٤٦٢ (ج٣/ص٣٠٠)وهو صحيح الإسناد كما قال الألباني ينظر (صحيح وضعيف سنن النسائي - (٧ / ٣٨٣).

2 - سبق تخريجه آنفاً .

3 -سقط من المخطوط.

4 -الزيادة من المصنف.

5 -البحرالزخار (٤٢٠/٤) دار الكتب العلمية –بيروت ط٢٠٠١/١م.

6 -في (ب) " أو ".

7 - البحرالزخار (٤٢٠/٤) .

8 - إعانة الطالبين - (٣ / ٣٣٠) و البحرالزخار (٤٢٠/٤).

9 -في (أ) " اقتضا ".

10 -الزيادة من (أ) .

11 -في المخطوط " لم يقتضي ".

12 -في (أ) "و ض جعفر".وفي (ب)"والقاضي زيد".

13 -في (أ) " ينبت ".

اللحم"[١] "، والمغلوب والمساوي لا يحصل به إنبات اللحم والتغذية، لذهاب قوة ما فيه انتهى [٢].

وفيه ما لفظه " وقلنا وهو الغالب نعني به الغلبة في المقدار، قيل ع وأشار إليه م بالله.

وقيل ح: المراد بالغلبة[٣] بالتسمية فإن كان يسمى لبناً فهو الغالب واقتضى التحريم وإن كان لا يسمى لبناً فهو المغلوب، وإن التبس المغلوب منهما فلا تحريم انتهى[٤].

قوله عليلم:" **أَوْ الْتَبَسَ فِي التاسعة وقوع فيها** "يعني أو التبس بعد دخول المرضعة في السنة التاسعة هل وقع الرضاع فيها أو فيما[٥] قبلها فإنه يثبت بذلك الرضاع حكمه، وهو التحريم لأنه يرجع مع اللبس إلى أقرب الأوقات وهي السنة التاسعة التي وقع فيها اللبس[٦]، وذلك وقت يمكن فيه الغلوق على ما اختاره المؤلف كما تقدم.

وأما لو وقع اللبس ولمّا يتيقن دخول المرضعة في السنة التاسعة فإنه يحكم بالأصل، وهو عدم دخولها في التاسعة فلا يثبت التحريم بإرضاعها، ولا يخفى ما في عبارة الأثمار هذه من مزيد التحقيق.

وقوله عليـــلم: " **والعكس فِي الْحَوْلَيْنِ** " معناه أن اللبس إذا وقع بعد خروج الرضيع من الحولين هل وقع الرضاع فيهما أو بعدهما فإنه يثبت عكس ذلك الحكم، لأنه يرجع إلى أقرب وقت، وهو ما بعد الحولين فلا يثبت حكم الرضاع الذي هو التحريم، وأما لو وقع اللبس في خروج الرضيع من الحولين حال إرضاعه[٧] فإنه يحكم بالأصل، وهو عدم كمالهما فيثبت حكم الرضاع .

[و] [٨] قوله عليـــلم: " **ثَبَتَ حُكْمُ الرضاع لأمه وبها**" هذا جواب قوله في أول الباب من وصل معدته إلى آخره، والمعنى أن الرضاع متى ثبت بشرائطه التي تقدم ذكرها ثبت حكمه للمرضعة ولغيرها بسببها فتحرم على الرضيع ،وعلى فصوله من فروعها ونحو ذلك.

---

1 - سبق تخريجه صـــ٤١٩.
2 - الغيث المدرار ج٢(خ) .
3 -في (ب) " الغلبة ".
4 - المرجع السابق والعناية شرح الهداية - (٥ / ١٤٣).
5 -في (أ) " في ما ".
6 -في (ب) " اللبس فيها ".
7 -في (أ) " ارتضاعه ".
8 -الزيادة من (ب) .

قوله عليـــلم: " **و كذا لِذِي اللَّبَنِ وهو مَنْ عَلِقَتْ مِنْهُ وَلَحِقَهُ** "أي وكذا يثبت حكم الرضاع لصاحب اللبن، وهو زوجها الذي علقت منه ولحقه نسب ذلك الولد الذي علقت به منه، فإن اللبن بعد هذا العلوق يكون لهما جميعاً فمن أرضعته بعد ذلك صار الولد لهما كليهما، وأما قبل علوقها منه فلا يشاركها فيمن أرضعته عند أهل المذهب [١].

وقوله "ولحقه" احتراز من أن تعلق منه في نفس الأمر ولا يلحقه في ظاهر الشرع كالمنفي باللعان ونحو ذلك، وهذا هو المذهب أن الرجل يشارك المرضعة في حكم الرضاع بالشرط المذكور، وهو أن يرضع الولد بعد علوقها من الزوج ويلحقه الولد وهو قول ح وش وك [٢].

وقال ابن عباس وابن عمر وابن مسعود وابن الزبير وداود: الرضاع لا يقتضي التحريم بالنسبة[/٣] إلى الرجل بمعنى أنه لا يشارك الأم في حكم البنوة وما يترتب عليه، بمعنى أن أصول الزوج وفروعه من غير المرضعة لا يحرمون على الرضيع عندهم [٤].

وفي ذلك ما رواه [الشافعي عن] [٥] الدَّرَاوَرْدِيِّ بِسَنَدِهِ إلى زَيْنَبَ بِنْتِ أبي سَلَمَةَ قالت كان الزُّبَيْرُ[٦] يَدْخُلُ عَلَيَّ وأنا أَمْتَشِطُ أَرَى أَنَّهُ أبي وَأَنَّ وَلَدَهُ إخْوَتِي لِأَنَّ أَسْمَاءَ بِنْتَ أبي بَكْرٍ [٧] أَرْضَعَتْنِي قال قالت فلما كان بَعْدَ الْحَرَّةِ أَرْسَلَ إلَيَّ عَبْدَ اللَّهِ بن الزُّبَيْرِ[٨] يَخْطُبُ ابْنَتِي أُمَّ كُلْثُومٍ[٩]

---

1 - شرح الأزهار - (٢ / ٥٦١).

2 - الاختيار لتعليل المختار - (٣ / ١٣٣)والشرح الكبير للشيخ الدردير - (٢ / ٥٠٤)والحاوي الكبير ـ الماوردي - (١١ / ٨٨٦). و بداية المجتهد - (٢ / ٣١).

3 -نهاية ورقة ١٦٤ من (أ) .

4 - بداية المجتهد - (٢ / ٣١) وشرح الأزهار - (٢ / ٥٦١). .

5 -الزيادة من(ب) .

6 -هو الزبير بن العوام بن خويلد حواري رسول الله وابن عمته صفيه بنت عبد المطلب أحد العشرة المشهود لهم بالجنة وأحد الستة أهل الشورى ،أول من سل سيفه في سبيل الله، وهو حدث له ستة عشر سنة . أسلم، قال النبي صلى الله عليه وسلم طلحة والزبير جاراي في الجنة ، اشترك في موقعة الجمل ضد عليا وقتله ابن جرموز فقال علي رضي الله عنه: تبوأ يا أعرابي بمقعدك من النار فكان قتله يوم الجمل في شهر رجب سنة ست وثلاثين وقبره على أميال من البصرة مشهور يعرف (سير أعلام النبلاء ٤١/١) .

7 - هي أسماء بنت أبي بكر الصديق ، صحابية، من الفضليات. آخر المهاجرين والمهاجرات وفاة.وهي أخت عائشة لأبيها، وأم عبد الله بن الزبير.تزوجها الزبير بن العوام فولدت له عدة أبناء بينهم عبد الله. ثم طلقها الزبير فعاشت بمكة مع ابنها عبد الله، إلى أن قتل.فعميت بعد مقتله وتوفيت بمكة.عاشت مئة سنة وهي محتفظة بعقلها.وسميت (ذات النطاقين) لأنها صنعت للنبي صلى الله عليه وسلم طعاما حين هاجر إلى المدينة، فلم تجد ما تشده به، فشقت نطاقها وشدت به الطعام.لها ٥٦ حديثا . الأعلام للزركلي - (١ / ٣٠٥).

8 - هو عبد الله بن الزبير بن العوام القرشي الاسدي، أبو بكر: فارس قريش في زمنه، وأول مولود في المدينة بعد الهجرة. بويع له بالخلافة سنة ٦٤ هـ، عقيب موت يزيد بن معاوية، وجعل قاعدة ملكه المدينة.وكانت له مع الأمويين وقائع هائلة، حتى سيروا إليه الحجاج الثقفي،ونشبت بينهما حروب، انتهت بمقتل ابن الزبير في مكة، بعد أن خذله عامة أصحابه وقاتل قتال الأبطال، وهو في عشر الثمانين. ومدة خلافته تسع سنين. الأعلام للزركلي - (٤ / ٨٧).

9 - هي أم كلثوم وأمها زينب بنت أبي سلمة بن عبد الأسد.المخزومية. ولم أعثر على ترجمة وافية لها غير ما ذكرت.

على أَخِيهِ حَمْزَةَ بن الزُّبَيْرِ [1] وكان للكلبية[2]فقلت وَهَلْ تَحِلُّ له فقال إنَّهُ ليس لَك بِأَخٍ أَمَّا أنا ما وَلَدَتْ أَسْمَاءُ فَهُمْ إخْوَتُك وما كان من وَلَدِ الزُّبَيْرِ من غَيْرِ أَسْمَاءَ فما هُمْ لَك بِإِخْوَةٍ قالت فَأَرْسَلْتُ فَسَأَلْتُ وَالصَّحَابَةُ مُتَوَافِرُونَ وَأُمَّهَاتُ الْمُؤْمِنِينَ فَقَالُوا إنَّ الرَّضَاعَ من قِبَلِ الرَّجُلِ لَا يُحَرِّمُ شيئا فَأَنْكَحْتُهَا إيَّاهُ "انتهى من التلخيص بلفظه [3].

واحتج أهل المذهب ومن وافقهم بحديث أبي القعيس[4] وهو بضم القاف مصغراً وآخره سين مهملة[/5] ولفظه في إحدى الروايات عن عائشة قالت إن أفلح أخا أبي القعيس اسْتَأْذَنَ عَلَيَّ بعد ما أُنْزِلَ الْحِجَابُ فقلت لَا آذَنُ له حتى أَسْتَأْذِنَ رسول الله صلى الله عليه وآله فإن [أخا][6]أبي[7] القعيس ليس هو أرضعني وإنما [8] أرضعتني امرأة أبي القعيس فدخل رسول الله صلى الله عليه وآله فقلت يا رسول الله إن الرجل ليس هو أَرْضَعَنِي وَلَكِنْ أَرْضَعَتْنِي امرأته فقال ائْذَنِي له فإنه عَمُّكِ تَرِبَتْ يَمِينُكِ" [9].

وأصل الحديث أخرجه الستة بروايات عدة، وإنما عدل المؤلف عليلم عن عبارة الأزهار[10] للتصريح بثبوت حكم الرضاع للمرضعة وزوجها بالشروط المذكورة إذ لا تصريح بذلك في عبارة الأزهار وإن كان محتملة له .

نعـــــــم: وقولنا أن الزوج[11] يشارك المرضعة في اللبن من وقت علوقها منه هو الذي صححه ابن أبي الفوارس للمذهب.

---

1 - هو حمزة بن الزبير مدني تابعي ثقة. الثقات للعجلي - (١ / ٣٢٢).

2 - الكلبية هي الرباب بنت أنيف الكلبية أم مصعب وحمزة ابن الزبير سير أعلام النبلاء - (٤ / ١٤١).

3 - التلخيص الحبير (ج٤/ص٥) قال في البدر المنير: وإسناده عَلَى شرط الصحيح عبد العزيز من رجال الصحيحين وأبو عبيدة من رجال مسلم(ج٨/ص٢٨٠).

4 - هو أفلح بن أبي القعيس، ويقال: أخو أبي القعيس. قال ابن عبد البر: لا أعلم له خبراً ولا ذكراً أكثر مما جرى من ذكره في حديث عائشة في الرضاع وقد اختلف فيه، وأصحها أنه أفلح أخو أبي القعيس. الوافي بالوفيات - (٣ / ٢٦٨) . وفي الثقات لابن حبان أنه أفلح بن أبى القعيس له صحبة وكان يستأذن على عائشة - (٣ / ١٥).

5 -نهاية ورقة١٧٢من (ب) .

6 -الزيادة من(ب) .

7 -في (أ)"أبا".

8 -في (ب)"ولكن" .

9 - أخرجه البخاري في صحيحه - بَاب قَوْلُهُ إن تُبْدُوا شيئا أو تُخْفُوهُ فإن اللَّهَ كان بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمًا ...الآية - رقم٤٥١٨(ج٤/ص١٨٠١). و مسلم في صحيحه - كِتَاب الرِّضَاعِ -بَاب يَحْرُمُ من الرَّضَاعَةِ ما يَحْرُمُ من الْوِلَادَةِ -رقم١٤٤٥ (ج٢/ص١٠٦٩). و أبو داود في سننه-كِتَاب النِّكَاحِ- بَاب في لَبَنِ الْفَحْلِ -رقم٢٠٥٧(ج٢/ص٢٢٢). و النسائي في السنن الكبرى - كتاب النكاح - لبن الفحل -رقم٥٤٦٨ (ج٣/ص٣٠٣)و ابن ماجه في سننه - كِتَاب النِّكَاحِ -بَاب لَبَنِ الْفَحْلِ - رقم١٩٤٨ (ج١/ص٦٢٧)و الترمذي في سننه - كِتَاب الرَّضَاعِ -بَاب ما جاء في لَبَنِ الْفَحْلِ -رقم١١٤٨ (ج٣/ص٤٥٣).

10 - الأزهار - (١ / ٨٨).

11 -في (أ)"الرجل".

وعن ع: أنه إنما يشاركها من وقت مقارنتها للوضع، قيل والمقارنة تكون بفوران اللبن، وهذا محكي عن ص بالله تفسيراً لكلام ع.

وقيل: ببلوغ ستة أشهر، وقيل: بالوطء المفضي إلى العلوق [١].

قوله عليلم: " **حَتَّى يَنْقَطِعَ أَوْ تَضَعَ مِنْ غَيْرِهِ** "أي لا يزال الزوج مشاركاً لزوجته في اللبن بعد أن علقت منه ولحقه نسب الولد حتى ينقطع لبنها بالكلية فلا حق له فيه، وإن لم ينقطع لبنها لم يزل مشاركاً لها فيه، ولو طلقها وتزوجت غيره لم ينقطع حق الزوج الأول من لبنها حتى تضع من زوجها الثاني، فمتى وضعت منه انقطع حق الأول هذا مذهبنا [٢].

وقال الصادق والباقر[٣] والناصر: لا اشتراك بل يتمخض اللبن للثاني بظهور حملها منه [٤].

وقال الإمام يحيى والشافعي: بل هو للأول وحده حتى تضع ثم تمخض للثاني [٥].

قوله عليــلم: "ويشترك لها في اللبن ثم تزوجت آخر فإنه لا نصيب للزوج الثاني من لبنها حتى تعلق منه، فيشترك حينئذ في اللبن هو والزوجان من وقت علوقها من الزوج الثاني إلى أن تضع منه وتلحقه كما تقدم.

فمن رضع منها فيما بين العلوق الثاني والوضع كان ولداً لها وللزوجين جميعاً، ويثبت للزوجين كليهما أحكام الرضاع، ومتى وضعت انقطع حق الأول من لبنها هذا هو المذهب [٦].

وعن الباقر والصادق والناصر: أنه لا اشتراك بل يتمخض اللبن للثاني بظهور حملها منه [٧].

وقال الإمام يحيى والشافعي: بل هو للأول وحده حتى تضع ثم يتمخض للثاني [٨].

قوله عليل: " **ويَشْتَرِك الثَّلَاثَةُ مِنْ العلو الثَّانِي إلى الْوَضْعِ** " يعني إذا طلقها الزوج الأول المشارك لها في اللبن ثم تزوجت آخر فأنه لا نصيب للزوج الثاني من لبنها حتى

---

1 - شرح الأزهار - (٢ / ٥٦١).بنحوه.
2 - شرح الأزهار - (٢ / ٥٦٢).
3 -في (ب)"وقال الباقر والصادق" .
4 - شرح الأزهار - (٢ / ٥٦٢).
5 - الحاوي الكبير ــ الماوردي - (١١ / ٩٠٨)و شرح الأزهار - (٢ / ٥٦٢).
6 - البحرالزخار –دار الكتب العلمية (٤/٤٢٥).
7 -المرجع السابق.
8 - المرجع السابق.

تعلق منه، فيشترك حينئذ في اللبن هي والزوجان من وقت علوقها من الزوج الثاني إلى أن تضع منه ويلحقه كما تقدم، فمن رضع منها فيما بين العلوق الثاني والوضع كان ولدا لها وللزوجين جميعاً، ويثبت للزوجين كليهما أحكام الرضاع ، ومتى وضعت انقطع حق الأول من لبنها هذا هو المذهب،وعن الباقر والصادق والناصر أنه لا اشتراك بين الزوجين كما تقدم عنهم .

قوله عليـــلم:" **وَلِلرَّجُلِ فَقَطْ بِلَبَنِ مِنْ زَوْجَتَيْهِ لَا يَصِلُ إلا مُجْتَمِعًا** " أي ويثبت حكم الرضاع للرجل وحده دون زوجتيه حيث أوجر الصبي من لبنها [ما] [١] لو انفصل لبن كل واحدة منها لم يصل إلى جوفه لقلته، فيكون ابناً للرجل من الرضاع ولا أم له والوجه ظاهر.

وحذف قوله في الأزهار "وَيَحْرُمُ بِهِ مَنْ صَيَّرَهُ مُحَرَّمًا"[٢] لفهم ذلك مما تقدم في [كتاب] [٣] النكاح، ومن قوله في هذا الباب: " ثَبَتَ حُكْمُ الرضاع لأمه وبها ".

وضابط ذلك أن حرمة الرضاع تنتشر من المرضعة وصاحب اللبن إلى أصولهما وفروعها وحواشيهما، وينتشر من الرضيع إلى فروعه[٤] فقط دون أصوله وحواشيه .

قوله عليلم:" **وَمَنْ انْفَسَخَ نِكَاحُ غَيْرَ مَدْخُولَةٍ بنحو فعله مُخْتَارًا رَجَعَ بِمَا لَزِمَ مِنْ الْمَهْرِ عَلَيْهِ غالباً** "أي ومن انفسخ بفعله نكاح زوجة غير مدخولة بها حال كونه مختاراً غير مكره رجع زوجها عليه بما لزمه من مهرها، فإن كان الفاعل للرضاع هو الرضيع نحو أن يدب إلى الزوجة المذكورة وهي نائمة فيرضع منها بغير شعور منها، فإن الزوج يرجع على ذلك الرضيع في ماله بما لزمه من مهر زوجته التي انفسخ نكاحها بسبب رضاعه، لأن ذلك جنايةً منه إذ يفوت[٥]على الزوج بما[٦] لزمه لزوجته من المهر، وإن كان الفاعل للرضاع هي المرضعة باختيارها أو شخص آخر باختياره رجع عليه الزوج كذلك، ولا رجوع على المكره بل على من أكرهه، واستدل على لزوم الرجوع بما لزم من المهر بقوله تعالى **(**وَإِن فَاتَكُمْ شَيْءٌ مِّنْ أَزْوَاجِكُمْ إلى الْكُفَّارِ فَعَاقَبْتُمْ فَآتُوا الَّذِينَ ذَهَبَتْ أَزْوَاجُهُم مِّثْلَ مَا أَنفَقُوا **)**[١] ووجه دلالة الآية على ذلك أنه جعل الحيلولة بين الرجل

---

1 -الزيادة من (ب) .
2 - الأزهار - (١ / ٨٨).
3 - الزيادة من (ب) .
4 - في (ب) "فروعيه" .
5 - في (ب)"وتفويت".
6 - في (ب)"لما" .

مِّثْلَ مَا أَنفَقُوا ﴾[١] ووجه دلالة الآية على ذلك أنه جعل الحيلولة بين الرجل وزوجته كاستهلاك قدر المنفق عليها .

قال الإمام يحيى: ولا يلزم من هذا أن يجعل لخروج البضع قيمة كما يقوله الشافعي، لأنا جعلنا الغرامة عوضاً عن المنفق لا عن البضع والتسبيب كالمباشرة [٢].

وهذا الذي فعل الرضاع قد حال بين الرجل وزوجته بما فعل من الرضاع المقتضى لتحريمها عليه، فلزمه ضمان ما لزم الزوج من المهر إذ هو المفوت له بتسببيه لفسخ النكاح، ولم يستوف الزوج ما في مقابلة المهر، بخلاف ما إذا كانت الزوجة مدخولة فإن الزوج لا يرجع بمهرها على فاعل الرضاع المقتضى للفسخ، لأنه قد استوفى ما في مقابلة المهر بدخوله خلاف ش، لقوله بأن لخروج البضع قيمة فلا فرق عنده بين المدخولة وغيرها [٣].

وقوله في الأثمار: " بنحو فعله " أراد بنحو الفعل الإكراه لأن المكره آلةٌ للمكره[٤] فصار كأنه الذي فعل الرضاع فلزمه الضمان.

واحترز بقوله "غالباً" من بعض الصور، فإنه لا يثبت فيها للزوج رجوع على نحو فاعل الرضاع، وذلك نحو أن تكون المرضعة جاهلة لانفساخ النكاح بالرضاع، وهي محسنة كأن تخشى على الصغير التلف إن لم ترضعه، فإن الزوج لا يرجع عليها في هذه الصورة[٥/] اتفاقاً، وكذا عند المؤلف حيث كانت عالمة بذلك محسنة كأن تخشى على الرضيع التلف فلا رجوع للزوج، أو كانت جاهلة غير محسنة، [ومن ذلك][٦] أن تدبَّ صغرى زوجتيه على[٧] الكبرى وهي نائمة فترضع منها وهي غير مدخولة، فإنه لا يرجع على الصغرى بنصف مهر الكبرى لأنها في حكم الجاهلة، ومقتضى عبارة الأزهار أن الرجوع يثبت للزوج في هاتين الصورتين، حيث قال إلا جاهلاً محسناً فاشترط في عدم الرجوع مجموع الجهل والإحسان [٨].

---

1 - الممتحنة:١١.
2 - الحاوي الكبير ــ الماوردي - (١٠ / ٢٣٧)و البحرالزخار –دار الكتب العلمية (٤٢٥/٤).
3 - الحاوي الكبير ــ الماوردي - (١٠ / ٢٣٧).
4 - في (ب)" لمن أكرهه " .
5 - نهاية ورقة ١٦٥ من (أ).
6 - ما بين المعقوفتين كررت مرتين في (أ).
7 - في (ب)"إلى" .
8 - شرح الأزهار - (٢ / ٥٦٣).

[و] [١] قال في الغيث: فيبطل الرجوع بالمهر بهذين الشرطين وهما الجهل وخشية التلف، ذكر ذلك في الزوايد وغيرها انتهى بلفظه [٢].

وأما المؤلف عليلم فصحح أن أحد الشرطين كاف في[٣/] سقوط الضمان وعدم الرجوع، وقد كان صرح بذلك في أصل نسخة الأثمار، فقال إلا جاهلاً أو محسناً ثم عدل عن ذلك إلى قوله غالباً ليتناول جميع الصور التي لا رجوع فيها و[هي][٤] حيث يكون فاعل الرضاع ونحوه جاهلاً محسناً، أو جاهلاً لا محسناً، أو محسناً عالماً، أو كان الرضاع بإذن الزوج إذ لا تعدى في أي هذه الصور، بخلاف ما إذا كان عالماً غير محسن، ولا مأذون فيضمن لأنه متعد حينئذٍ، وقد ذكر في الزهور ما يدل على ذلك عن الزوايد وغيرها .

قال المؤلف عليلم: ورقمه بيده [المباركة] [٥] الطاهرة ما لفظه وقد ذكر صاحب الزهور عن الزوايد وغيرها عكس رواية الغيث ،وفي الغيث في غير هذا الموضع [ما يدل][٦] مواضع كثيرة مخالفة لما في الزهور وأكثر نقل الإمام عليلم عنه ولكنه نقله من نسخه الشريفة العالمة كريمته قدس الله أرواحهما، وجمع بيننا وبينهما في مستقر رحمته، وهي نسخة قديمة قرأت فيها، وقد وجد في النسخ التي بعدها زيادات وإصلاحات كثيرة من أول الكتاب إلى آخره فيمكن أن هذا الاختلاف لذلك السبب، وقد ألحقت فيها كلما وجدت بجهدي انتهى كلامه [رحمه الله تعالى وقدس روحه في الجنة] [٧].

قيل[ح حميد] [٨] وأصل هذه المسألة في الشرح واللمع حيث قال فيهما في شرط الرجوع إن قصد إفساد النكاح [٩].

قال في الزهور ما لفظه: واختلف في تفسير قصد الإفساد فقال بعض أصحابنا: أن لا يخشى على الصبي التلف سواء علمت أن النكاح ينفسخ أم لا ؟

1 - الزيادة من (ب).
2 - الغيث المدرار ج٢(خ) .
3 - نهاية ورقة ١٧٣ من (ب).
4 - الزيادة من (أ).
5 - الزيادة من (ب).
6 - الزيادة من (أ).
7 - في (ب) بدل ما بين المعقوفين "عليلم ".وفي حاشيتها تعليق بلفظ "وفي الأم ما لفظه حرس الله مهجته وأطال مدته وذلك أنها رقمت في حيوة المؤلف جادت بركاته هــ."
8 - الزيادة من (أ).
9 -اللمع في فقه أهل البيت (خ) .

قيل ع: وهذا هو المذهب، ومنهم من قال لا بد أن يعلم حصول التحريم وإلا فهي غير قاصدة ومثله في الزوايد، ويشترط على هذا أن لا يخشى على الصغيرة التلف، وأن يقصد انفساخ النكاح انتهى.[١] وهو يدل على ما صححه المؤلف عليلم هـ.

نعـــم وقد ذكر لهذه المسألة أمثلة منها:

رجل تزوج صغيرةً فأرضعتها في الحولين أمه أو نحوها ممن يحرم عليه نكاح بنتها فإنه ينفسخ نكاح الصغيرة ويرجع على من أرضعتها بنصف مهرها المسمى إلا أن تكون المرضعة جاهلة لانفساخ النكاح بالرضاع أو عالمة بذلك، ولكن خشيت التلف على الصغيرة فلا رجوع عليها[٢] في الصورتين على ما صححه المؤلف عليلم[٣] .

ومنها: رجل تزوج أربع صبايا كل واحدة منهن في الحولين فأرضعت امرأة إحداهن ثم أرضعت أخرى، فإنه ينفسخ نكاح الصغيرتين إذ صارتا أختين من الرضاع، ولا يجوز الجمع بين أختين، فإن أرضعت بعض الأربع وتسقي بعضهن من لبنها في حالة واحدة انفسخ نكاحهن جميعاً، وكذا لو ترتبن أو رضعت واحدة ثم ثلاث، لا حيث تقدمت الثلاث، فإن الواحدة المتأخرة لا ينفسخ نكاحها والوجه ظاهر، فإن التبست حرمن الجميع، ولا يخرجن إلا بطلاق أو فسخ كما تقدم، وقس على ذلك، وله بعد انفساخ نكاحهن أن يتزوج من شاء منهن على انفرادها هـ.

ومنها: أن يتزوج رجلٌ صبية فترضعها امرأته في الحولين، فإنه ينفسخ نكاحهما ولا مهر للكبرى، إلا أن تكون مدخولاً بها، وللصغرى نصف مهرها على الزوج، ويرجع به على المرضعة بالشرط المتقدم ذكره، وتحرم عليه الكبرى أبداً مطلقاً، وكذلك الصغرى إن كان قد دخل بالكبرى وإلا فلا، وإنما سقط مهر الكبرى وإن كانت جاهلة [و] [٤]محسنة حيث لم يدخل بها في هذه الصورة لأجل أنها مباشرة، وفعلت واجباً فلم يفترق الحال في سقوطها حقها بين الجهل وعدمه،والإحسان وعدمه على الصحيح.

مســألةٌ: امرأة تزوجت صبياً في الحولين فأرضعته فيهما بلبن من زوج لها أول، فإنه ينفسخ نكاح الصبي إذ صار ابناً لها، ولا مهر لها لأن الفسخ وقع من قبلها، ويحرم أيضاً

1 - الزهور على اللمع (خ) .
2 - في (ب) "عليهما".
3 - في(ب) "عليه السلام".
4 - الزيادة من (ب).

على الزوج الأول صاحب اللبن تحريماً مؤبداً إذ صارت زوجة ابنه من الرضاعة على المختار للمذهب، وهو قول المنتخب وش [١].

ووجهه أن الرضاع علةٌ في البنوة، والبنوة علة في التحريم، والعلة تقدم المعلول فحرمت عليه، لأنها صارت امرأة ابنه.

وقال في الأحكام: لا تحرم على الأول، ووجهه أن كونها امرأة لابنه لا يستقر، لأن حالة البنوة حصل الفسخ [٢].

[قال الفقيه ح: و] [٣] لو فرضنا اقتران البنوة والفسخ، فقول المنتخب أولى، لأنه اجتمع جانب حظر وجانب إباحة، وكذا في الشرح ذكر معنى جميع ذلك في الغيث هـ [٤].

مســــألةٌ: ومن طلق زوجته الصغرى فرضعتها في الحولين زوجته الكبرى انفسخ نكاح الكبرى، إذ صارت أما لمن كانت زوجته فتحرم عليه أبداً، وفي العكس ينفسخ نكاح الصغرى إن كان قد دخل بالكبرى[٥] و إلا فلا .

تنبيــــهٌ:[و] [٦]قد فهم من قوله في الأثمار رجع بما لزم من المهر أن الرجوع إنما يكون مع تسمية المهر فيرجع بنصفه،[٧] فإن لم يكن المهر مسمّى أو كانت التسمية باطلة، فلا رجوع، إذ لا يلزم شيء بالانفساخ مع عدم الدخول مطلقاً على المذهب.

مســألةٌ:على أصل ش، لو ارتضع طفل من خمس مستولدات أو مستولدة وأربع زوجات لرجل واحد من كل واحدة رضعه، صار الرجل أباً له على الأصح، ولا يصرن له أمهات لكنهن يحرمن عليه من جهة أنهنّ موطوءات [٨] أبيه من الرضاع [٩].

وقيل: لا يصير الرجل أباً للرضيع لأن الأبوة تابعة للأمومة ولم يحصل، ولو ارتضع الطفل من امرأة لم تتزوج رضعتين أو ثلاثاً ثم تزوجت زوجاً فولدت منه، ثم أرضعت ذلك الطفل تمام الخمس الرضعات كانت أماً للطفل من الرضاع ولا أب له من الرضاع، وكذا لو كانت ذات زوج فأرضعت الطفل بلبنه رضعتين[/١٠] أو ثلاثاً ثم طلقها فتزوجت آخر فولدت

---

1 - المنتخب - (١٣٧)و السراج الوهاج - (١ / ٤٦٣) .
2 - أصول الأحكام في الحلال والحرام - (١ / ٥٦٠) .
3 - الزيادة من (أ) وفي (ب) "قيل" بدل الزيادة.
4 - الغيث المدرار ج٢(خ) .
5 - في (أ) "في الكبرى".
6 - الزيادة من (ب) .
7 - في (أ) زيادة "بنصف المهر".بدل "بنصفه"
8 - في (أ) موطوات .
9 - مغني المحتاج - (٣ / ٤١٨).
10 - نهاية ورقة ١٦٦من (أ) .

منه ثم أرضعت الطفل تمام الخمس فإنها تصير أماً للطفل ولا يكون ابناً لأي الزوجين، فلو كان الرضيع أنثى لم تحرم على أي الزوجين لا لكونها ابنة زوجته ولو ارتضع طفل من خمس بنات لرجل من كل واحدة رضعة لم يصر الرجل جداً للطفل ونحو ذلك [١].

---

1 - مغني المحتاج - (٣ / ٤١٨).

"فَصْـــــلٌ"

وإنَّمَا يحكم فيه بنحو بينةٍ "أي [و] [1]لا يحكم بالتحريم في الرضاع إلا ببينةٍ أو نحوها[2/] وهو الإقرار إما البينة فيعتبر فيها شهادة رجلين أو رجل وامرأتين عند أهل المذهب، لقوله تعالى "**(**وَاسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ من رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ **)**[3] ولم يفصل، وهذا على العموم إلا حيث قام دليل على خلافه [4].

ويشترط في الشهادة شرطان:

الأول: أن يشهدوا أنه ارتضع منها في الحولين، أو يطلقوا ويتصادق الزوجان بعد ذلك على أنه وقع في الحولين.

الشرط الثاني: أن يعرفوا أن في الثدي لبناً ويشاهدوا[5] المصّ المتدارك أو يشاهدوا[6] شربه اللبن، ويجوز للشاهد الأجنبي النظر[7]إلى حلمة ثدي المرأة في فم الرضيع ويعتبر أن يشهد الشاهد على القطع أن بينهما رضاعاً محرماً واصلاً إلى الجوف في الحولين، ولو اقتصر على قوله رضاعاً محرماً لم يكن على الأصح.

وقال ش وأصحابه: يقبل في[8] الرضاع شهادة أربع نسوة إذ هن كرجلين لاختصاصه بالنساء القوابل[9][10].

وقال مالك: يكفي امرأتان إذا تعذرت الرجولية فبقى العدد [11].

قلنا: لا موجب للعدول[12] عن ظاهر الآية لجواز شهادة الرجال على مثله في النساء، ولا تصح شهادة المرضعة عند أهل المذهب إذ هي على إمضاء فعلها [13].

---

1 - الزيادة من (أ) .
2 - نهاية ورقة ١٧٤من (ب) .
3 - البقرة:٢٨٢.
4 -شرح الأزهار - (٢ / ٥٦٤).
5 - في (أ) "شاهدوا".
6 - في (أ) "شاهدوا".
7 - في (ب) "أن ينظر".
8 - في (أ) "على".
9 - في (ب) "كالقوابل".
10 - الأم - دار الفكر - (٥ / ٣٦) وأسنى المطالب في شرح روض الطالب - (٣ / ٤٢٤).
11 - التاج والإكليل لمختصر خليل - (٦ / ٢٧٩)و بداية المجتهد - (٢ / ٣٢).
12 - في (ب) "المعدول".
13 - شرح الأزهار - (٢ / ٥٦٤) .

قيل: هذا حيث شهدت أنها ناولته ثديها، فأمَّا حيث شهدت أنها وضعت اللبن بين يديه فشربه فتقبل شهادتها [١].

وقال في شرح الإرشاد: تصح شهادتها وإن قالت أرضعته، وإن كانت شهادة على فعل نفسها بخلاف شهادة الحاكم يحكم لنفسه[٢] بعد عزله وشهادة القسام[٣] على القسمة لأن فعلهما مقصود، وفعل المرضعة غير مقصود بالإثبات إذ المعتبر وصول اللبن إلى الجوف، ولأن الشهادة بالحكم والقسمة تتضمن تزكية النفس لافتقارهما إلى العدالة بخلاف الإرضاع انتهى [٤].

وقيل ابن مظفر[٥]: وإذا بين المدعي للرضاع بشاهد واحدٍ وحلف معه على القطع صح، وليس له أن يحلف إلا إذا كان عالماً بالرضاع، ثم نسيه [عند زواجه][٦] ثم ذكره من بعد[٧].

وتصح الشهادة على الرضاع حسبه، وإن لم يتشاجر الزوجان فيه كما في العتق، وحرية الأصل إذ هو أمر ديني، وإذا تواتر أنهما رضيعان[٨] أجبرهما الإمام أو الحاكم على الفرقة، فإن لم يكن إمام لزم المسلمين ذلك من قبيل النهي عن المنكر .

وأما الإقرار فيكفي فيه أن يقر الرجل بأن المرأة محرمة عليه بسبب الرضاع، أو أنها أخته من الرضاع أو نحو ذلك .

وإنما عدل المؤلف[عليلم] [٩]عن قوله في الأزهار، "وإنما يثبت حكمه" إلى قوله في الأثمار، وإنما يحكم فيه لأن الرضاع قد ثبت ولو لم تقم البينة ونحوها، وإنما ذلك شرط للحكم به [فقط] [١٠] .

قولـــه عليلم: " **لكن يَجِبُ الْعَمَلُ بِالظَّنِّ فِي نحو النِّكَاحِ تَحْرِيمًا فَيُجْبَرُ الْمُقِرُّ بِهِ** "أراد بنحو النكاح الوطء بالملك فمتى غلب على ظن الزوج أو السيد أن المرأة محرمة عليه برضاع أو غيره حرم عليه نكاحها، وكذا وطؤها بالملك حيث هي أمة ويجب عليه مفارقتها

---

1 - **شرح الأزهار - (٢ / ٥٦٤) .**
2 - **في (ب) " بحكم نفسه ".**
3 - **في (ب) " القاسم ".**
4 - **شرح الإرشاد (١٧٦/١) .**
5 - **في (ب) " مظ ".**
6 - **سقط من المخطوط.**
7 - **البيان لابن مظفر (٤٥١/٢) .**
8 - **في (ب) "رضعان ".**
9 - **الزيادة من (ب) .**
10 - **الزيادة من (ب) .**

حيث هي زوجة، ويحتاط بأن يطلقها، وإذا أقر الزوج أو السيد بأنه يغلب على ظنه تحريم المرأة عليه أجبره الحاكم على الفرقة، واجتناب المملوكة، وإذا ادعت عليه الزوجة أنه يغلب على ظنه ذلك لزمته اليمين، وأما حيث لم يغلب على ظنه ذلك بل تردد مثلاً في صدق المخبر بالرضاع وكذبه، فإنه يستحب له فراقها احتياطاً، وكذا حيث شهد بالرضاع نساء منفردات لقوله صلى الله عليه وآله" دَعْ ما يَرِيبُكَ إلى ما لا يَرِيبُكَ "[1]، ولحديث عقبة بن الحارث[2]، ولفظه في بعض روايات البخاري عن عقبة بن[3] الحارث أَنَّهُ تَزَوَّجَ أُمَّ يحيى بِنْتَ أبي إِهَابٍ [4] فَجَاءَتْ [5]أَمَةٌ سَوْدَاءُ [6]فقالت قد أَرْضَعْتُكُمَا قال فَذَكَرْتُ ذلك لِلنَّبِيِّ صلى الله عليه وآله فَأَعْرَضَ عَنِّي [قال] [7] فَتَنَحَّيْتُ فَذَكَرْتُ ذلك له قال كَيْفَ وقد زَعَمَتْ أَنْها قد أَرْضَعَتْكُمَا دعها عنك " [8].

وفي أخرى "كيف وقد قيل دعها عنك"[9] كل هذه من روايات البخاري.

وأخرج أبو داود والترمذي والنسائي نحواً من بعضها [10].

وحمل الإمام ح وغيره هذا الخبر على الندب، وكذلك الإمام المهدي عليلم في الغيث [11].

وأما في البحر فاستدل به على الوجوب، وأن المراد إن ظننت صدقها ولو جوزت كذبها [12].

---

1 -أخرجه النسائي في السنن الكبرى -باب الحث على ترك الشبهات -رقم٥٢٢٠ (ج٣/ص٢٣٩). وسنن الترمذي -رقم٢٥١٨- قال وَهَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ(ج٤/ص٦٦٨). وصححه الألباني في الإرواء (١ / ٤٤).

2 - في (أ،ب) الحرث، وكذلك البقية . و عقبة هو ابن الحارث بن عامر بن نوفل بن عبد مناف بن قصي القرشي النوفلي أبو سروعة المكي له صحبة أسلم يوم فتح مكة. تهذيب الكمال - (٢٠ / ١٩٢).

3- في (أ،ب) ابن.

4 - أم يحيى هي بنت أبي إهاب بن عزيز التي تزوجها عقبة بن الحارث وفارقها للرضاع الذي قيل كان بينهما اسمها غنية فيما ذكره الدار قطني في كتابه وقاله ابن بشكوال وغيرهما. توضيح المشتبه في ضبط أسماء الرواة وأنسابهم وألقابهم وكناهم لابن ناصر الدين شمس الدين محمد بن عبد الله بن محمد القيسي الدمشقي- مؤسسة الرسالة - بيروت - ١٩٩٣م- ط١/ تحقيق : محمد نعيم العرقسوسي(٦ / ٨٩) .

5- في (أ،ب) فجات وكذا في البقية.

6- في (أ،ب) سودآ، وكذا في البقية.

7 - الزيادة من (أ) كما في رواية البخاري .

8 - أخرجه البخاري في صحيحه - كِتَاب الشَّهَادَاتِ -بَاب شَهَادَةِ الْإِمَاءِ وَالْعَبِيدِ . رقم ٢٥١٦ (ج٢/ص٩٤١).

9 - أخرجه البخاري في صحيحه - كِتَاب الشَّهَادَاتِ -بَاب شَهَادَةِ الْمُرْضِعَةِ -رقم٢٥١٧ (ج٢/ص٩٤١).

10 - أخرجه أبو داود في سننه -كِتَاب الْإِجَارَةِ -بَاب الشَّهَادَةِ في الرَّضَاعِ -رقم٣٦٠٣ (ج٣/ص٣٠٦). والنسائي في السنن الكبرى -كتاب النكاح -باب الشهادة في الرضاع -رقم٥٤٨٤(ج٣/ص٣٠٦). والترمذي في السنن -كِتَاب الرَّضَاعِ - بَاب ما جاء في شَهَادَةِ الْمَرْأَةِ الْوَاحِدَةِ في الرَّضَاعِ -رقم١١٥١(ج٣/ص٤٥٧).وصححه الألباني في الإرواء (٧ / ٢٢٤).

11 - الغيث المدرار ج٢(خ) .

12 - البحر الزخار - دار الكتب العلمية (٤/٤٢٨) .

وأسقط المؤلف لفظ "الزوج" من عبارة الأزهار فقال: " فَيُجْبَرُ الْمُقِرُّ بِهِ "[١] ليتناول[ذلك] [٢] الزوجة حيث هي المقرة بذلك وأعرض عنها [الزوج] [٣] فلم يصدقها ولا كذبها [٤] ولا طالبها بالتمكين فإن الحاكم يجبرها على ترك مخالطته، كذا نقل عنه عليلم .

قوله عليلم: " **وبِإِقْرَارِ الزَّوْجِ وَحْدَهُ يَبْطُلُ النِّكَاحُ لَا الْحَقُّ** "فإذا أقر الزوج بأن زوجته محرمة عليه برضاع أو غيره بطل نكاحه لها ولم يجز له مداناتها، وأما الحق الواجب [عليه] [٥] لها بالزوجية من مهر ونفقة وغيرهما فلا يسقط عنه .

قال في الغيث: وهل يكفي إقراره في بطلان النكاح ويجوز لها أن تتزوج وإن كانت مكذبة له ولم يصدر منه طلاق وإنما أقر بالرضاع فقط ؟

الأقرب أنه لا يجوز لها في ظاهر الحكم وإن غلب في ظنها صدقه، لكن إذا ظنت صدقه جاز لها فيما بينها وبين الله[تعالى] [٦]، وحرم عليها أخذ الحقوق منه وليس لها أن تقر بعد الإنكار، كما ليس لها الرجوع عن الإقرار بالرضاع أيضاً، لكن يحتمل أنّ لها أن تطالبه بإيقاع الطلاق عليها لتحل لها الأزواج، ولا يبعد أنه يجب على الحاكم إجباره، لأن ذلك حق لها مع إنكارها.

ويحتمل أن إقراره في معنى الطلاق فلا تطالبه، وهو الذي يقضي به قولنا ببطل النكاح انتهى[٧].

قوله عليلم: **[وَالْعَكْسُ فِي إِقْرَارِهَا غَالِبًا]**[٨] فإذا أقرت الزوجة بالرضاع وأنكره الزوج ولا بينة لها وحلف الزوج على العلم وقيل على القطع، حيث[/٩] هو الرضيع إذ هي على فعله فحينئذ يبطل حقوقها على الزوج من نفقة ونحوها ولا يبطل النكاح لأن إقرارها على الزوج لا يقبل والوجه ظاهر.

وقوله "غالباً" احتراز من المهر بعد الدخول فإنه لا يسقط بإقرارها بالرضاع بعد الدخول فيستحق الأقل من المسمى ومهر المثل لأنه قد استوفى ما في مقابلته وهو الوطء، إلا أن تقر الزوجة أنها دخلت في النكاح وهي عالمة بالرضاع فلا مهر لها، ويلزمها

1 - الأزهار - (١ / ٨٨).
2 - الزيادة من (ب).
3 - الزيادة من (ب).
4 - في (أ)"يكذبها".
5 - الزيادة من (أ).
6 - الزيادة من (أ).
7 - الغيث المدرار ج٢(خ) .
8 - في (أ) مبيضة وغير مكتوب فيها.
9 - نهاية ورقة ١٦٧ من (أ).

الحد[1/] حيث أقرت بذلك أربع مرات، وإنما كان الواجب هو الأقل لأنها مقرةٌ بأن النكاح باطل، فإن طلقها الزوج قبل الدخول وبعد إقرارها بالرضاع فلا شي لها عليه، قيل إلا أن تعود إلى تصديقه استحقت كمن أقر له غيره بشيء فرد الإقرار ثم رجع إلى قبوله[2] فإنه يستحقه كما سيأتي.

وكذا لو مات الزوج وهي مقرة بالرضاع مع إنكاره له، فإنها[3] لا ترث منه إلا أن ترجع إلى تصديقه بعدم الرضاع .

نعـــــم:وحيث هي المقرة وحدها ولا بينة لها وهي صادقة، يجب عليها الهرب والامتناع من الزوج.

قيل ح: ولا تقتله هنا [لأنه لا يعلم] [4] الرضاع بخلاف الطلاق ويجب على الحاكم أن يجبرها على التمكين حيث طلبه الزوج إذ هو حقٌّ له [5].

تنبيــــهٌ: وإذا ثبت الرضاع بالبينة أو بتصادق الزوجين لم تجب على الزوج لها نفقة عدة، وثبت له الرجوع عليها بما [قد] [6]أنفقه عليها في حال الزوجية حيث الرضاع مجمع عليه، لأنه إنما أنفقه عليها لاعتقاده وجوبه.

مســألةٌ: ومن تزوج امرأتين وقد كانت إحداهما أقرت قبل الزواج أنها[7]رضيعة للأخرى، فإن تزوجها أولاً فنكاحهما صحيح في الظاهر، وإن تزوجها آخراً، أو تزوجهما بعقد واحدٍ، فنكاحهما غير صحيح [8].

قيل [ف] [9]: وهذا إذا صادقها الزوج على أن إقرارها قبل النكاح أو أقامت بينة بذلك[10].

مســألةٌ: من البحر، العترة وش وك ومن أقر برضيعه ثم أكذب نفسه لم يقبل، إذ لا يؤمن كذبه في الرجوع.

---

1 - نهاية ورقة ١٧٥ من (ب).
2 - في (أ) "قوله".
3 - في (أ) "لأنها".
4 - في (ب) " لأنها لا تعلم "بدل ما بين المعقوفتين.
5 - شرح الأزهار - (٢ / ٥٦٦).
6 - الزيادة من (أ) .
7 - في (ب) " بأنها".
8 - البيان لابن مظفر(٢/٤٥٤).
9 - الزيادة من (أ) .
10 - في (ب) " بذلك بينةً.

أبو حنيفة وأصحابه: بل يقبل استحساناً لا قياساً.

ص بالله والوافي: إن ادعى العدل الغلط قبل لا الكذب.

الإمام ح: يعمل بغالب الظن في صدقه ديناً فقط فلا يفرق بينهما ما لم يتشاجرا.

قال الإمام عليه السلام: وهو قوي إذ يعمل بالظن في النكاح تحليلاً وتحريماً انتهى [١].

[تم النصف الأول من شرح الأثمار بعون الله وتيسيره فله الحمد كثيراً بكرة وأصيلاً، وذلك يوم الاثنين لعله غرة شهر صفر الخير من شهور سنة سبع وسبعين وألف من الهجرة النبوية على صاحبها أفضل الصلاة والتسليم والشرف والتكريم وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم] [٢].

---

1 - البحر الزخار دار الكتب العلمية (٤/٤٢٦) .

2 - الزيادة من (أ) وظاهرها من كلام الناسخ.

كِتَابُ البَيـــْعِ

لفظ البيع والشراء من أسماء الأضداد، يطلق كل واحد منهما على ما يطلق عليه الآخر، فيطلق لفظ الشراء على البيع كما في قوله تعالى:﴿وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ﴾[(١)] أي باعوه، ومنه قول يزيد بن مفرغ[(٢)] حين ندم على بيع عبده برد

وشَرَيْتُ بُرداً ليتني		من بعدِ بُرْدٍ كنتُ هامه[(٣)]

ويطلق لفظ البيع على الشراء كما في قوله صلى الله عليه وآله وسلم "لَا يَبِعْ أَحَدُكُمْ عَلَى بَيْعِ أَخِيهِ"[(٤)] أي يشتري كذا قاله بعضهم وقال الراجز:

إذا الثريا طلعت عشاءً		فبع[(٥)(٦)] لراعي غنم كساءَ

ألم تَرَني بِعْت الضَّلالة بالهدى		وأصبحْتُ في جيْشِ ابن عفَّان[(٧)] غازيا[(٨)]

وقال في البحر: هُوَ يعني البيع إخْرَاجٌ [عين] [(٩)] عَنْ الْمِلْكِ بِعِوَضٍ وَالشِّرَاءُ إدْخَالُهَا، وَقَدْ يُعْكَسُ مَجَازًا انتهى [(١٠)].

وقال بعضهم: البيع لغة: مقابلة شيء بشيء [(١١)].

---

1 - يوسف: ٢٠.

2 -هو يزيد بن مفرغ الحميري، من فحول الشعراء، وكان أبوه زياد بن ربيعة حدادا، ولقب مفرغا لأنه راهن على سقاء من لبن، فشربه حتى فرغه.ولابن مفرغ هجو مقذع، ومديح، ونظمه سائر.(سير أعلام النبلاء - (٣ / ٥٢٢) والأعلام للزركلي - (٨ / ١٨٣).

3 - الهَامَةُ : طائرٌ من طير الليل وهو الصدى و تزعم الأعراب أن روح القتيل تخرج فيصير هامة إذا لم يدرك بثأره فيصيح على قبره اسقوني اسقوني حتى يثأر به، و هذا مثل يراد به تحريض ولي القتيل على طلب دمه فجعله جهلة الأعراب حقيقة . المصباح المنير - العلمية - (٢ / ٦٤٥).

4 -أخرجه الإمام أحمد في مسنده- مسند عبد اللَّهِ بن عُمَرَ بن الْخَطَّابِ رضي الله عنهما - رقم٤٧٢٢ (٨ / ٣٤٦). و أبو يعلى في مسنده –مسند أبي هريرة- رقم ٦٣١٧ وإسناد الحديث حسن كما قال المحقق: حسين سليم أسد (١١ / ٢٠٥).

5 - في(أ) "فاتبع" وهو تحريف فلفظ بع من الأضطاد أي اشتر.

6 - أي فاشتر قاله مالك بن الرَّيب. تعليق في الحاشية من (ب).

7 - هو سعيد بن عثمان بن عفان الأموي القرشي، من الفاتحين. نشأ في المدينة.وبعد مقتل أبيه وفد على معاوية، فولاه خراسان سنة ٥٦ هـــ، ففتح سمرقند، وأصيبت عينه بها.وعزل عن خراسان سنة ٥٧.ولما مات معاوية، انصرف إلى المدينة. فقتله أعلاج كان قدم بهم من سمرقند. الأعلام للزركلي - (٣ / ٩٨).

8 - هذا البيت من شعر مالك بن الرَّيب يرثي نفيه ويصف قبره وكان خرج مع سعيد بن عثمان بن عفان ، ولما ولي خراسان فلما كان ببعض الطريق أراد أن يلبس خفه فإذا بأفعى في داخلها فلسعته فلما أحس بالموت استلقى على قفاه ثم أنشأ يقول قصيدة من ضمنها هذا البيت .ينظر العقد الفريد - لأحمد بن محمد بن عبد ربه الأندلسي، -دار إحياء التراث العربي - بيروت -لبنان - ١٤٢٠هـــ - ١٩٩٩م، الطبعة: الثالثة (ج٣/ص٢٠٨).

9 -الزيادة من المخطوط .

10 -البحر الزخار (٧ / ٤٨٩) .

11 - رد المحتار - (١٨ / ١٨٥) و البحر الرائق - (٥ / ٢٧٧).

ويطلق شرعاً لمعنيين أحدهما، مقابل معنى الشراء، وهو بهذا المعنى تمليك عين بعوض والشراء مقابلة، والثاني مركب من البيع بالمعنى الأول، ومن مقابلة الذي هو الشراء، وهما الإيجاب والقبول، وهذا هو المقصود بالتراجم في الكتب الفقهية.

وهو بهذا المعنى[١] عقد معاوضة مالية يفيد ملك عين على التأبيد .

فائـــــدة: وإنما شرع البيع توسعة من الله عزوجل على عبادة لما في انتقال المال من مالك إلى مالك من قضاء[الحاجات] [٢] والبلوغ إلى المقاصد فالعقد[٣] علة في الملك والملك علة في صحة التصرف الذي هو المقصود الأصلي، ولما كان المبيع هو المهم الأصلي والثمن بدل اشترط تعيين المبيع لتمكن قبضه، والتصرف فيه عقيب العقد إذ هو المقصود بشرعيته كما تقدم، فلا يصح بيع المعدوم حقيقة وحكما كالملاقيح وما سيملكه، أو حكما فقط كالزبد في الحليب، والدهن في السمسم، واللبن في الضرع، والحمل والثمار قبل صلاحها، والطير في الهواء، ونحوها، وكذا المجهول كساه من غنمه، وكذا ما يمنع الشرع من صحة تملكه كالميتة أو من أخذ العوض [عليه] [٤]كزبل غير المأكول، والوقف[ونحوه] [٥] فهذه كلها ونحوها معدومة حكما، وأما ما كان معدوماً حقيقة ولكنه موجود حكماً فانه يصح بيعه [في حال][٦] كالدين ممن هو عليه لأنه كالمقبوض، وأما السلم فلدليل يخصه كما سيأتي .

ولما كان الثمن ليس هو المقصود الأهم وإنما هو بدل من المبيع صح معدوماً، واشترط حينئذ أن يكون مثلياً لئلا يؤدي إلى الجهالة المفضية إلى الشجار، ويصح فيه حينئذ كل تصرف فإن عين وهو من غير النقدين تعين وصار كالمبيع، وإن كان مبهما لم يتعين على الأصح إذ خُلِقا ثمناً للأشياء، ولا استقرار لهما فاختصار بإحكام ليست لغيرهما [/٧].

فائـــــدة أخرى: ولما كان البيع وغيره من المعاملات بين العباد أموراً مبنية على فعل قلبي وهو طيبة النفس ورضا القلب، وكان ذلك أمراً خفياً أقام الشرع القول المعبر عما في النفس مقامه وناط به الأحكام على ما أعتيد من إقامة الأمور الظاهرة المنضبطة،[مقام الحكم الخفية [في] [٨]

1 - في (أ) "المغنى".وهو تصحيف .
2 - سقط من (ب) .
3 - في (ب) "بالعقد ".
4 - سقط من (ب) .
5 - الزيادة من (أ) .
6 - الزيادة من (أ) .
7 - نهاية ورقة ١٦٨ من (أ) .
8 - سقط من (أ) .

تعليق] [١] الأحكام بها واعتبر أن تصدر عن قصد من المتكلم بها فلم لا يعتبر بكلام الساهي ولا من سبقه لسانه ولا من الحاكي ولا [من] [٢] المكره ولا من الجاهل لمعانيها بالكلية كالأعجمي حيث نطق بها بكلام عربي ولا يعرف معناه أصلاً ونحو ذلك، ذكر معنى ذلك جميعه بعض المحققين رحمهم الله تعالى .

والأصل في هذا الباب قبل الإجماع من الكتاب قوله تعالى: **(وَأَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ)**[٣] ونحوها.

ومن السنة قول النبي صلى الله عليه وآله [٤] وفعله وتقريره والأحاديث في ذلك كثيرة مشهورة، وسيأتي بعضها.

وهو ينقسم إلى واجب كعند خشية التلف إن لم يشتر ما يسد رمقه أو خشية انكشاف العورة إن لم يشتر ما يسترها، وهو متمكن من ذلك.

وإلى مندوب كالإنفاق في الطاعة والتقوى عليها، وإلى محظور و ذلك [٥/] حيث يتضمن الربا.

وإلى مكروه وهو الفاسد بغير ذلك، وعند النداء للصلاة وفي المساجد .

وإلى المباح[٦] و هو ما عدى ذلك [٧].

قوله عليلم السلام: " **هو إيجَابُ صحيح تصرف بِلَفْظِ تَمْلِيكٍ عرفاً فيه وقبول مثله أو ما في حكمهما** " إنما عدل عن قوله في الأزهار شروطه إيجاب مكلف إلى آخره إلى قوله في الأثمار [إيجاب] [٨] صحيح تصرف إلى آخره، لأنه لا يستقيم أن يجعل الإيجاب والقبول من شروط البيع لأنهما نفس البيع وشرط الشيء غيره [و][٩] لأن عبارة الأثمار محيطة بالمقصود سالمة مما يرد على ظاهر عبارة الأزهار من الاعتراض إذ يرد على عموم

---

1 - في (ب)" [أقام الخفية في تعليق]"بدل ما بين المعقوفتين.
2 - الزيادة من (أ).
3 - البقرة: ٢٧٥.
4 - في (ب) " قوله صلى الله عليه وآله وسلم ".
5 - نهاية ورقة ١٧٦ من (ب).
6 - في (ب)"مباح".
7 - البيان الشافي المنتزع من البرهان الكافي لابن مظفر (ج٢/٤٥٥)بنحوه.
8 - سقط من (ب).
9 - الزيادة من (أ).

[مفهوم][1] قوله مختاراً لمكره بحق كمن يوجب عليه الحاكم بيع ماله لقضاء دينه أو[2]نحوه أو شراء مال أسلم إليه فيه نحو أن يسلم إليه في جنس من الطعام أو نحوه، ويعدم ذلك الجنس في ملكه عند الحلول فإن الحاكم يكرهه على شراء ذلك الجنس .

ويصح البيع والشراء المذكوران مع كون متوليهما غير مختار بل مكره، وكذا يرد عليه ما إذا كان الإكراه مؤكداً لإذن المالك بالبيع كأن يقول لغيره بع عبدي وإلا قتلتك أو نحو ذلك فإنه يصح بيعه مع أن البائع غير مختار .

وأما قول المؤلف عليلم "صحيح تصرف" فلا يرد عليه شيء من ذلك مع اختصاره .

واعلم أن المؤلف عليلم قد سلك في الأثمار طريقة بديعة وهو أن فرق بين قوله صحيح تصرف و[بين] [3] قوله مطلق تصرف، فجعل صحيح التصرف لمن يصح تصرفه، وإن كان غير نافذ في الحال، نحو أن يكون موقوفاً حقيقة كتصرف غير المالك، أو حكما كتصرف[4] المحجور والراهن ونحو ذلك [إذ لو قلنا أن ذلك] [5]غير صحيح لما نفذ بإجازة المالك، ولا يرفع الحجر ولا بإذن المرتهن ونحو ذلك، وجعل مطلق التصرف لمن يصح تصرفه، وينفذ مطلقاً من دون اعتبار إجازة ولا نحوها وذلك هو المالك البالغ العاقل غير المحجور، وكذا الولي والوكيل والعبد والصبي المميزان المأذونان.

وقال ش: لا يصح تصرف غير البالغ ولو مميزاً مأذوناً [6]، وإذا[7] تقرر هذا فلصحة الإيجاب والقبول شروط:

الأول: أن يقعا من صحيح تصرف وهو المكلف المختار ولو محجوراً والعبد والصبي المميزين ولو غير مأذونين كما تقدم، وسيأتي المكره والصبي والعبد غير المميزين والمجنون والسكران الذي لا يميز فإن هؤلاء لا يصح بيعهم ولا شراؤهم ونحوهما، والمعتبر في الإكراه خشية الإجحاف عند الهادوية.

وعند م بالله ما أخرج عن حد الاختيار، ويعتبر أن يكره على نفس البيع لا على دفع مال يحتاج معه إلي بيع ماله كما سيأتي.

---

1 - الزيادة من (أ).
2 - في (ب)"و".
3 - الزيادة من (أ).
4 - في (أ)"لتصرف" وهو تحريف.
5 - في (ب)" إذا قلنا أنّ مثل ذلك "بدل ما بين المعقوفتين.
6 - الحاوي الكبير (ج٨/ص٣٢٨)والبحر الزخار (٧ / ٤٩٧).
7 - في (ب)" فإذا".

الشرط الثاني: أن يقع كل من الإيجاب والقبول بلفظ تمليك عرفاً نحو أن يقول البائع بعت أو ملكت أو دفعتُ أو جعلتُ أو وهبت إذا ذكرت في مقابل[1] عوض وكذا إذا قال هو لك بكذا فهو بمنزلة بعت منك بكذا وكذا[2] كل لفظ أفاد التمليك [حسب العرف نحو أشطت كِلْتُ في الطعام وصرفت في الذهب والفضة وقضيت إذا قضاه عما في ذمته له بخلاف فعلت رضيت فلا ينعقد البيع بهما لأنهما ليسا من ألفاظ التمليك] [3].

قيل ف: إلا أن يكونا جوابين ولا ينعقد بأبحت ونحوه مطلقاً.[4] ويعتبر في المشتري مثل ذلك نحو أن يقول اشتريت أو ابتعت أو قبلت أو تملكت أو تملكت، أو أخذت، أو أشطت، أو أكتلت، أو أصرفت[5] أو نحوهما مما يفيد التمليك في العرف كما أشار إليه المؤلف عليلم بقوله:" أو[6] قبول مثله بإضافة قبول إلى مثله أي مثل الموجب فيما ذكر .

وحذف لفظة "غيره" من عبارة الأزهار[7] اختصاراً إذ مثله غيره قطعاً وفيه أشار إلى أنه لا يصح أن يتولى طرفي [عقد البيع واحد] [8] سواء كان ولياً أو [و] [9] كيلاً كما سيأتي [إن شاء الله تعالى] [10].

وقوله:" أو ما في حكمهما" أي ما في حكم الإيجاب والقبول وذلك نحو أن يقول البائع اشتريت مني هذا بكذا فيقول المشتري نعم أو يقول المشتري للبائع بعت مني هذا بكذا فيقول البائع نعم فإن ذلك يصح ، وكذا لو قال القائل بعت مني كذا بكذا فقال بعت أو [قال] [11]اشتريت مني كذا بكذا فقال اشتريت، فإن ذلك يصح عند الهادوية وم بالله ذكره الفقيه ح واختاره المؤلف عليلم وهو اختيار والده المهدي عليلم [12].

وقال السيد ح والفقيه س: لا يصح ذلك إلا عند م بالله.

---

1 - في (أ)" مقابلة".
2 - في (أ)" فكذا".
3 - الزيادة من (ب).
4 - شرح الأزهار - (٣ / ٤) .
5 - في (ب)"اصطرفت".
6 - في (ب)"و".
7 - الأزهار - (١ / ٨٩).
8 - في (ب)"العقد واحدا"بدل ما بين المعقوفتين.
9 - سقط من (ب).
10 - الزيادة من (ب).
11 - الزيادة من (أ).
12 - شرح الأزهار - (٣ / ٦) .

وفي شرح النجري ما معناه "أما لو قال البايع بعت منك هذا بكذا فقال المشتري نعم أو قال المشتري اشتريت منك هذا بكذا فقال البايع نعم [أو بعت] (١) فإن ذلك لا يصح انتهى(٢).

وهو واضح لأن نعم مقررة لما سبقها لا غير فكأنه قال نعم بعت مني

أو [نعم] (٣) اشتريت مني وذلك مجرد إخبار وتصديق لا إيجاب وقبول كما لا يخفى وحيث أجاب بقوله(٤) بعت أو(٥)اشتريت وإن قصد بهما الإنشاء فلا يصح بذلك لعدم الإضافة إلى النفس ولا ما في حكمها في قوله بعت منك أو اشتريت [منك] (٦) بخلاف ما لو قال بعت مني أو اشتريت مني فقال نعم فإن ذلك يصح اتفاقاً على الأصح كما تقدم، إذ هما في حكم المضافين إلى النفس ذكر معناه في الغيث.

قال فيه: **واعلم** أنه لا فرق بين أن يتقدم لفظ البايع أو يتأخر لا أحفظ فيه خلافاً والصحيح للمذهب ما ذكرنا من أنهما لا بد أن يكونا مضافين إلى النفس حقيقة أو حكماً (٧).

وقال السيد ح: لا بد من الإضافة[٨/] الحقيقية عند الهادوية لا عند م بالله (٩).

تنبيـــــه: واعتبار الإيجاب والقبول في صحة البيع [و] (١٠)هو قول الأكثر فلا تصح المعاطاة من دون لفظ لحديث(١١)أبي هريرة[رضي الله عنه] (١٢) أن رسول الله صلى الله عليه وآله [وسلم] (١٣) نهى عن الملامسة(١٤)

---

1 - الزيادة من (ب).
2 - شرح النجري(خ) .
3 - الزيادة من (ب).
4 - في (أ)"بقول".
5 - في (ب) "و".
6 - الزيادة من (أ).
7 - الغيث المدرار ج٣(خ) .
8 - نهاية ورقة ١٦٩ من (أ).
9 - شرح الأزهار - (٣ / ٦).
10 - الزيادة من (ب).
11 - "التعليل لعدم صحة بيع المعاطاة بحديث أبي هريرة المذكور في عجايب المؤلف فالنهي في الحديث إنما هو عن الملامسة والمنابذة وهما بيعان مخصوصان ولم يذكر بيع المعاطاة بنفي ولا إثبات ولم يكن في أيامه صلى الله عليه وآله وسلم اشتراطا لإيجاب والقبول بل البيع هو المعاوضة بالتراضي وإنما اشترط الفقهاء الإيجاب والقبول لتحقق الرضا إذ هو أمر قلبي لا يعرف إلا بالنطق فإذا قد تحقق الرضا بأي وجه كان فهو بيع صحيح وإن كان بيع معاطاة لأن المراد بالمعاطاة ما فقد فيه الإيجاب والقبول . تمت كاتبه غفر الله له "تعليق في الحاشية من (أ).
12 - الزيادة من (أ).
13 - الزيادة من (ب).
14 -هي لَمْسُ الثَّوْبِ لَا يَنْظُرُ إليه.ينظر صحيح البخاري (ج٢/ص٧٥٤).

والمنابذة[1] أخرجه الصحيحان وغيرهما [2].

وعن مالك: ما عده الناس بيعاً فبيع[3] .

لنا الخبر، ولكون [العقد] [4] مركباً من الإيجاب والقبول لم يتحصل[5] حكمه إلا بمجموعهما.

وقول الحنفية: أنّ المبيع يخرج من ملك البايع بقوله بعت ويدخل في ملك المشتري بقوله اشتريت[6] مراعاة للمناسبة إذا الواجب [7/]أن يكون تأثر اللفظ في حكم يرجع إلى اللافظ لاسيما وهو حلف عن فعل قلبه الذي هو الرضا كما تقدم على أنهم يقولون أن خروج الملك باللفظ الأول موقوف على دخوله بالثاني.

قيل: وتظهر فائدة الخلاف حيث الخيار للمشتري فقط، فعند (م) لا يدخل المبيع في ملكه لأن الخيار [لتأخير] [8] الحكم في كل من الطرفين، وعندنا هو لتأخير الحكم في حق البايع لا في حق المشتري، لأن ما أوجب خروجه عن ملك البايع أو جب دخوله في ملك المشتري.

قوله عليلم: " **مُتَطَابِقَيْنِ مُضَافَيْنِ مطلقين غالباً** " هذه هي الشرط الثالث والرابع والخامس من شروط صحة الإيجاب والقبول.

ومعنى كونهما متطابقين أن يتناول القبول نفس ما يتناوله[9] الإيجاب من غير زيادة ولا نقصان إذ مع عدم التطابق يكون احدهما أجنبياً عن الآخر فلو قال البايع بعتك هذين العبدين بألفين أو كل واحد بألف فقبل أحدهما بألف لم يصح البيع، وكذا لو كان المشتري اثنين فقبل أحدهما أحد العبدين، أو قبل أحدهما الكل والبايع باع منهما جميعاً فإنه لا يصح البيع، لأن الإيجاب والقبول غير متطابقين ولو ميز الثمنين حيث اتحد لفظ الإيجاب بخلاف ما إذا قال بعتك هذا بألف و[بعتك] [10]هذا بألف، فقال المشتري شريت هذا بألف وسكت عن الآخر،

---

1 - هِيَ طَرْحُ الرَّجُلِ ثَوْبَهُ بِالْبَيْعِ إلى الرَّجُلِ قبل أَنْ يُقَلِّبَهُ أو يَنْظُرَ إليه.ينظر صحيح البخاري (ج٢/ص٧٥٤).

2 -أخرجه البخاري في صحيحه كتاب الْبُيُوعِ - بَاب بَيْعِ الْمُنَابَذَةِ -رقم٢٠٣٩(ج٢/ص٧٥٤).و مسلم في صحيحه - كِتَاب الْبُيُوعِ -بَاب إِبْطَالِ بَيْعِ الْمُلَامَسَةِ وَالْمُنَابَذَةِ - رقم١٥١١(ج٣/ص١١٥٢).و النسائي في السنن الكبرى –كتاب البيوع- بيع الملامسة -رقم٦١٠٠ (ج٤/ص١٥).

3 - التاج والإكليل لمختصر خليل - (٦ / ٣٣١) بنحوه .

4 - سقط من (أ).

5 - في (ب)"يتصل".

6 - الدر المختار (ج٤/ص٥٠٥).

7 - نهاية ورقة١٧٧ من (ب).

8 - سقط من (ب).

9 - في (ب) "تناوله".

10 - الزيادة من (أ).

فإن البيع يصح لأن ذلك بمنزلة عقدين تطابق الإيجاب والقبول في أحدهما، وكذا حيث قال البايع بعتك هذين العبدين كل واحد بألف فقال المشتري قبلت هذا بألف وهذا بألف فإن العقد يصح لحصول المطابقة معنى[1]، وكذا لو كان [البايع] [2] شخصين لشيئين أو لشيء واحد فقبل المشتري بيع أحد الشخصين دون بيع الآخر فإن العقد يصح لحصول المطابقة في حق من قبل بيعه .

وأما اعتبار كون [لفظي] [3]الإيجاب والقبول ماضيين فلكون الماضي أدل على الوقوع فلا[4] يصح العقد بلفظين مستقبلين محضين أو أحدهما إجماعاً لأن البيع في الشرع هو الخبر الدال على الإنشاء بمعنى أن صورته صورة الخبر والمقصود به الإنشاء، وذلك قول البايع بعت والمشتري اشتريت، أو ما في حكمهما كما تقدم .

وكذا لا يصح بأمر وماض نحو أن يقول المشتري بع مني فيقول البايع بعت، أو يقول البايع اشتر مني فيقول المشتري اشتريت فإن ذلك لا يصح عند القاسمية والحنفية ومالك إذ [الأمر] [5] بمنزلة المستقبل [6].

وقال الناصر والإمام ح وش: يصح ذلك إذ يحصل بالأمر معنى الإيجاب فينعقد به البيع كما ينعقد به النكاح اتفاقاً،[7] لحديث تزويجه صلى الله عليه وآله الواهبة نفسها من الذي قال له زوجنيها يا رسول الله فقال زوجتكها بما معك من القرآن"[8] كما تقدم في كتاب النكاح فاستغنى في ذلك بالسؤال عن القبول .

قلنا: خص النكاح الخبر المذكور وإذ لا تكثر المماكسة[9] فيه بخلاف البيع.

وقال بعض المحققين: [و] [10]أما وقوع النكاح والخلع ونحوهما بلفظ الأمر فليس على ظاهره بل الأمر توكيل والإيجاب والقبول وقعا بلفظ واحد فلهذا لم يصح ذلك إلا فيما يصح أن يتولى طرفيه واحد [1].

---

1 - في(أ)"يعني".وهو تحريف .

2 - سقط من (ب).

3 - الزيادة من (أ).

4 - في (أ)"ولا".

5 - في (أ) "مطموساً والذي يظهر سبب الطمس بلل أزال الحبر".

6 -الدر المختار (ج٤/ص٥١١). والشرح الكبير ج٣/ص ٣وشرح الأزهار - (٣ / ٦) .

7 - أسنى المطالب في شرح روض الطالب - (٢ / ٣)وشرح الأزهار - (٣ / ٦) .

8 - أخرجه البخاري في صحيحه -كِتَاب الْوَكَالَةِ -بَاب وَكَالَةِ الْمَرْأَةِ الإمام في النِّكَاحِ -رقم٢١٨٦ ولفظه " .... عن سَهْلِ بن سَعْدٍ قال جَاءَتْ امْرَأَةٌ إلى رسول اللَّهِ صلى الله عليه وسلم فقالت يا رَسُولَ اللَّهِ إني قد وَهَبْتُ لك من نَفْسِي فقال رَجُلٌ زَوِّجْنِيهَا قال قد زَوَّجْنَاكَهَا بِمَا مَعَكَ من الْقُرْآنِ " (ج٢/ص٨١١) .

9 - مكس المَكْسُ : انْتِقَاصُ الثَّمَنِ في البِيَاعَةِ . ومنه أُخِذَت المُمَاكَسَةُ. المحيط في اللغة(٦ / ١٩٣).

10 - الزيادة من (أ).

قيل: وهذا ضعيف إذ يلزم منه الصحة في غير مجلس الأمر والله أعلم.

ومعنى كون الإيجاب والقبول مطلقين أي لا يكونا مؤقتين ولا أيهما ولا مشروطين بما يفسدهما من الشروط التي[٢] سيأتي ذكرها، فلو قال بعتك هذا شهراً أو سنة، أو حتى ترد عليّ الثمن أو نحو ذلك لم يصح البيع لما تقدم في حد البيع، وكذا حيث قيده بأحد الشروط المفسدة كالشرط الصريح الذي ليس بخالي نحو أن يقول بعت منك هذا إن دخلت الدار، أو إن رضي زيد، أو إذا جاء غد أو نحو ذلك .

وكالشروط التي تقتضي جهالة في البيع، أو في المبيع أو في الثمن أو غير ذلك من الشروط المقتضية لفساد العقد وسيأتي تفصيلها، فإن البيع مع أنها لا تصح لمنافاة جميع ذلك مما شرع له البيع .

قيل: ولكون العقد متركباً من الإيجاب والقبول كما تقدم، وكل منهما مرتبط بالآخر ارتباطاً تمت به العلة حتى العقد سبباً موجباً للحكم فلم يصح تعليق[٣] العقود بالشروط والأوقات المستقبلة لاستلزامه أن لا[٤] ينعقد إلا عند حصول الشرط، أو الوقت فلا يكون العقد بمجرده سبباً موطئاً للحكم وهذا خلف .

وقوله "غالباً" احتراز من التقييد بالشروط الحالية نحو بعت منك هذا إن كان في ملكي أو[٥] إن كنت ابن فلان ومن ذلك اشتراط الخيار المعلوم لهما أو لأحدهما أو لأجنبي معين.

وكذا اشتراط تسليم الثمن ليوم كذا، وإلا فلا بيع على الخلاف فيه كما سيأتي فإن البيع يصح مع التقييد بهذه الأمور التي احترز منها بقوله غالباً، وإنما حذف المؤلف عليلم قوله في الأزهار" مُضَافَيْنِ إلى النَّفْسِ"[٦] اكتفاءً بما تقدم من قوله "هو إيجاب" إلى آخره لأن غير المضاف إلى النفس أو ما في حكمه لا يكون إيجاباً ولا قبولاً وذلك ظاهر .

قوله عليلم: " **لم يتخللهما نحو إضراب** "هذا هو الشرط السادس من الشروط المذكورة وهو أن يكون الإيجاب والقبول متواليين لا يتخللهما ما يعد إعراضا وإضرابا في العادة، فأما إذا سكت وقتاً يسيراً لا يعد مثله إعراضا ثم قبل فإن البيع يصح لا حيث اشتغل بكلام الغير أو بقيام أو غيره مما يعد إعراضا فلا يصح إذ الإيجاب والقبول بمنزلة قول واحد

---

1 - حاشية شرح الأزهار - (٢ / ٢٣٢) .
2 - في (أ)"اللاتي".
3 - في (أ)"تعلق".
4 - في (ب) "ألا".
5 - في (ب) "و".
6 - الأزهار - (١ / ٨٩).

موجب لحكم واحد فلا يتراخى أحدهما عن الآخر، ولأن التراخي بين الإيجاب والقبول بما يعد إعراضا يخرج[١/] الثاني عن أن يكون جواباً للأول فتختل الدلالة على التراضي .

وأراد بنحو الإضراب رجوع الموجب أو رد القابل.

مثال الأول: أن يقول البايع بعت ثم يقول رجعت قبل أن يقول المشتري اشتريت أو نحو ذلك .

ومثال الثاني: أن يقول المشتري رددت ثم يقول اشتريت فإن البيع لا يصح في الصورتين [٢/] لعدم تواليهما بتخلل الرجوع أو الرد ومن [نحو] [٣]الإضراب أن يقع الإيجاب في مجلس والقبول في مجلس آخر فإن البيع لا يصح مع ذلك لأنه إعراض وزيادة.

وحد التفرق عن المجلس: أن ينتقل أحدهما إلى حيث لا يسمع منه صاحبه الخطاب المتوسط المعتاد، فلو انتقلا كلاهما عن مجلس الإيجاب قبل القبول قدراً يعد مثله إعراضا لم يصح البيع، وأما القدر اليسير الذي لا يعد مثله إعراضا في العرف فلا يضر على الأرجح، وإن كان ظاهر إطلاقهم يقتضي ذلك، واختار المؤلف عليلم أن السفينة [ونحوها] [٤] كالمجلس الواحد، ولو سارت ما لم يحصل إضراب من نزول أو سكون يطول أو نحوهما، وكذا في الراكبين على البهيمة للعرف .

قوله عليلم: " **في مالين مَعْلُومَيْنِ يَصِحُّ تَمَلُّكُهُمَا حاله**[٥] **وبَيْعُ أَحَدِهِمَا بِالْآخَرِ** "هذا هو الشرط السابع وهو أن يقع الإيجاب والقبول في مالين معلومين إما على الجملة كبيع الجزاف، أو على التفصيل كأن يذكر مقدارهما كيلاً أو وزناً أو عدداً أو ذرعاً فلو كان أحدهما مجهول القدر جملة وتفصيلاً لم يصح البيع إلا في مسألة واحدة ذكرها م بالله، وهي إذا كان في يد رجل شيء ولغيره فيه نصيب مجهول ثم باعه صاحبه ممن هو في يده فإن ذلك يصح لأنه لا يحتاج إلى التسليم [٦].

قيل ل: ولا فرق بين أن يكون في يده بإجارة أو رهن أو وديعة.

---

1 - نهاية ورقة ١٧٠ من (أ) و ١٧١ مكرر.
2 - نهاية ورقة١٧٨ من (ب).
3 - الزيادة من (أ) .
4 - الزيادة من (ب) .
5 -أي في الحال .
6 - شرح الأزهار - (٣ / ٧).

قيل: وكذا لو كان في يده غصباً فكذا[1] يأتي على قول م بالله [و] [2] لو باع نصيباً في يد غيره بنصيب في يده وهما مجهولان فإن ذلك يصح، وكذا[3] ذكر م بالله والحنفية ،[و] [4] لو باع ما في المنزل من الآلات ولم يعلم مقدارها فإنه يصح البيع [5].

قيل: يعني إذا كان في يد المشتري لأن م بالله علل بأنه لا يحتاج [إلى قبض] [6] وهذا كله على مذهب م بالله.

وأما على مذهب الهادوية فقال الأمير الحسين: لا يصح إلا حيث تكون الجهالة لدقة حساب النصيب [7].

وقال أبو مضر: يحتمل أن يفسد على مذهب يحيى عليلم، ويحتمل أن[8] يصح لأنه [لم][9] يمنع من بيع المجهول إلا لتعذر التسليم [10].

وقوله:" يصح تملكها حالة" أي يصح لكل من المتعاقدين أن يتملك كلاً من المالين حال العقد فلو كان مما لا يصح تملكهما [حالة] [11] كالميتة في حق المسلمين والذميين أو لا يصح لأحدهما تملك أي المالين كالخمر في حق المسلم والذمي فإن ذلك لا يصح.

وأما ما كان مسكراً ظاهراً كالجوزة على رأي فيصح بيعه للانتفاع [به] [12] فيما يحل دون ما يحرم .

مسألة: ولا يجوز بيع ما يقتل قليله وكثيره كالسم، فأما ما يقتل كثيره وينفع قليله، كالزعفران فيجوز وكذلك نجس العين والعين الموقوفة وأرض مكة على المذهب، ويشترط أيضاً أن يكون المبيع والثمن مما يصح بيع أحدهما بالآخر، فأما حيث لا يصح بيع أحدهما بالآخر على الإطلاق كبيع [نحو] [13] الرطب بالتمر إذا كانا مكيلين معاً أو موزونين معاً، لعقد العلم بالتساوي أو لأجل النسا كبيع البر بالشعير نساء .

---

1 - في (ب)"وكذا".
2 - الزيادة من (أ) .
3 - في (أ)"فكذا".
4 - الزيادة من (أ) .
5 - شرح الأزهار - (٣ / ٧) .
6 - في (ب)"قبضاً"بدل ما بين المعقوفين.
7 -الغيث المدرار ج٣(خ).
8 - في (ب)"أنه" .
9 - سقط من (أ) .
10 - المرجع السابق.
11 - الزيادة من (أ) .
12 - الزيادة من (ب) .
13 - الزيادة من (أ) .

وأما لغير ذلك كبيع اللحم بحيوان يؤكل لحمه فلا يصح، فأما بما لا يؤكل لحمه فيصح على المذهب وأحد قولي ش، وعلى قوله الآخر لا يصح مطلقاً [١]، وعند ح يصح مطلقاً[٢].

واحتج أهل المذهب [لما اختاروه] [٣] من التفصيل بما روي عن ابن عباس "أن جزوراً نحرت على عهد أبي بكر فجاء رجل بعناق فقال أعطوني جزءاً بهذه العناق فقال أبو بكر [رض~][٤]: لا يصلح هذا" وكان بمحضر من الصحابة [رضآ][٥] ولم يخالفه أحد منهم، هكذا في الشفاء [٦]، وحكى في التلخيص نحوه [٧]، ونسبه إلى ش في الأم عن إبراهيم بن أبي يحيى[٨] عن صالح مولى التوأمة[٩] عن ابن عباس[١٠]، وهو مخصص لعموم قوله تعالى: **(**وَأَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ **)**[١١] وأما حديث أن النبي صلى الله عليه وآله "نهى عن بيع اللحم بالحيوان"[١٢] فلم يثبت، فعلى[١٣] تقدير ثبوته يحمل على الحيوان المأكول جمعاً بين الأدلة ويبقى غير المأكول تحت عموم الآية والله أعلم .

قوله عليلم: " **والْمَبِيعُ مَوْجُود**[١٤] **فِي الْمِلْكِ غالباً** " هذا هو الشرط الثامن: وهو أن يكون المبيع موجوداً في ملك البايع حال البيع فلا يصح بيع المعدوم ولا ما لا يملكه البايع في الحال ولو قيده بدخول الملك كأن يقول بعت منك هذا الثوب متى ملكته أو نحو ذلك

---

1 - **شرح الأزهار - (٣ / ٨) و المهذب (ج١/ص٢٧٧).**
2 - **مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر (ج٣/ص١٢٤).**
3 - **في (ب) " بما أختاره "بدل ما بين المعقوفين.**
4 - **الزيادة من (ب) .**
5 - **الزيادة من (ب) .**
6 - **شفاء الأوام - (٢ / ٣٩٢).**
7 - **التلخيص الحبير - رقم١١٤٣ (ج٣/ص١٠) وقال الشافعي رحمه الله لم يرو في هذا عن رسول الله شيء كان قول أبي بكر الصديق فيه مما ليس لنا خلافه لأنا لا نعلم أن أحدًا من أصحاب رسول الله قَالَ بخلافه. (البدر المنير ج٦/ص٤٨٨).**
8 - **هو إبراهيم بن أبي يحيى المدني الفقيه، أحد الأئمة الأعلام كان يرمي بالقدر وربما شتم بعض السلف فيما قيل عنه، قال النسائي: هو متروك الحديث، روى له ابن ماجة وتوفي سنة أربع وثمانين ومائة. الوافي بالوفيات (٢ / ٢٧٦).**
9 - **صالح مولى التؤمة؛ هو أبو محمد المدني، يروي عن أبي هريرة وابن عباس وغيرهما؛ قال مالك ويحيى القطان: ليس بثقة، قال ابن معين: من سمع منه قبل أن يخرف كابن أبي ذئب فهو ثبت؛ توفي سنة خمس وعشرين ومائة. (الوافي بالوفيات - (٥ / ٢٣٦).**
10 - **الأم - (٣ / ٨٢) .**
11 - **البقرة: ٢٧٥.**
12 - **أخرجه البيهقي في السنن الكبرى -باب بيع اللحم بالحيوان – رقم ١٠٣٤٩(ج٥/ص٢٩٦).و أخرجه الدار قطني في سننه رقم ٢٦٥ (ج٣/ص٧٠). وقال تفرد به يزيد بن مروان عن مالك بهذا الإسناد ولم يتابع عليه وصوابه في الموطأ عن بن المسيب مرسلا . وهو ضعيف كما قال صاحب التلخيص الحبير (ج٣/ص١٠) .وحسنه الألباني (صحيح وضعيف الجامع الصغير - (٢٦ / ٤٦٤) .**
13 - **في (ب) "وعلى".**
14 - **الصحيح "مَوْجُودًا ".**

والأصل في ذلك حديث حَكِيمِ بن حِزَامٍ [1] قال قلت يا رسول الله إن الر جل ليأتيني فيريد مني البيع وليس عندي ما يطلب أفأبيع[2] منه ثم ابتاعه من السُّوقِ ثُمَّ أَبِيعُهُ قال لَا تَبِعْ ما ليس عِنْدَكَ " أخرجه الترمذي وأبو داود والنسائي [3].

وقوله "غالباً " احتراز من ثلاث مسائل:

أحدها السلم، وثانيها: بيع ما في الذمة ممن هو عليه دون غيره ما لم يكن في الذمة عن صرف أو سلم كما سيأتي، فإن البيع يصح في هاتين الصورتين مع كون المبيع معدوماً حال البيع أما السلم فلما سيأتي.

وأما ما[4] في الذمة فلأنه وإن كان معدوماً حساً فهو موجود حكماً كما تقدم، وأما امتناع [ذلك] [5]حيث كان[6] الذي في الذمة عن صرف أو سلم فلعدم استقراره كما سيأتي.

وثالثها: بيع الولي والوكيل فإنه يصح منهما مع كون المبيع ليس في ملكهما لكن لما كانا نائبين عمن باعا عنه[7] فكأنه المتولي للبيع فاعتبر وجود المبيع في ملكه .

قوله عليلم: " **جَائِزَ الْبَيْعِ** " هذا هو الشرط التاسع، واحترز به عن بيع المدبر وأم الولد والأمة قبل استبرائها، وما يتضمن التفريق بين ذوي الأرحام المحارم والكلب ونحوه، فإن هذه الأشياء لا يصح بيعها لتحريمه وإن كانت موجودة في الملك .

قوله عليلم: " **وَيَكْفِي فِي الْمُحَقَّرِ**[8] **معتاد، قلت أو ما في حكمه [معناه]** [9]"أي يكفي في بيع الشيء المحقر ما اعتاده الناس في الناحية أو اللفظ وغيره، نحو أن يسأله كيف تبيع هذا فيقول كل رطل بكذا فيقول بعد ذلك زن لي بهذا الدرهم أو نحو ذلك فإنه متى وزن نفذ البيع ، وكذلك ما أشبهه من مكيل أو غيره إذا كان محقراً .

---

1 - هو حكيم بن حزام بن خويلد بن أسد بن عبد العزى، أبو خالد، صحابي، قرشي. كان صديقا للنبي صلى الله عليه وسلم قبل البعثة وبعدها. وعمر طويلا، قيل ١٢٠ سنة. وكان من سادات قريش في الجاهلية والإسلام، عالما بالنسب. أسلم يوم الفتح . الأعلام للزركلي - (٢ / ٢٦٩).

2 - في (ب) "أو أبيع ".

3 - أخرجه أبو داود في سننه -كتاب الْإِجَارَةِ - بَاب في الرَّجُلِ يَبِيعُ ما ليس عِنْدَهُ -رقم٣٥٠٣ (ج٣/ص٢٨٣). والترمذي في سننه- كِتَاب الْبُيُوعِ – بَاب ما جاء في كَرَاهِيَةِ بَيْعِ ما ليس عِنْدَكَ –رقم ١٢٣٢ (ج٣/ص٥٣٤).و النسائي في السنن الكبرى- كتاب البيوع - بيع ما ليس عند البائع -رقم٦٢٠٦. (ج٤/ص٣٩)وصححه الألباني في الإرواء (٥ / ١٣٢).

4 - في (ب)"الذي".

5 - سقط من (ب) .

6 - في (ب) "يكون".

7 - في (ب)"منه"وهو تحريف .

8 -" هب ويثبت فيه الخيار والعيب " تعليق في الحاشية من (أ) .

9 - الزيادة من (أ) .

وقيل ع: يلزم البيع بقوله زن بعد ذكر الثمن وإن لم يزن[1].

وقال محمد بن الحسن: إذا قال للقصاب[2] زن من هذا الفخذ رطلاً أو [أقل أو أكثر] [3] بدرهم فوزن له لزمه أخذه[4/أ] ولا خيار له في رده، ومثله ذكر أبو العباس وم بالله في المحقر[5] فلو قال[6/ب] زن بهذا الدرهم ولم يبين كم يزن أو قال زن رطلاً ولم يبين بكم فهاهنا للمشتري الخيار ولو حصل الوزن فأما لو أخذ محقرا[7] دفعة واحدة[8] أو أكثر مكيلاً أو موزوناً أو معدوماً ولم يذكر عوضاً فليس ببيع هكذا في الغيث [9].

وقد اختلف في تقدير المحقر فقال في البحر: " مَسْأَلَةٌ " وَالْمُحَقَّرُ كَأُجْرَةِ [الْحَمَّامِ] [10] وَالْحَجَّامِ، وَالسَّقَّاءِ فِي السُّوقِ، وَقِيمَةُ لَحْمِ الْقَصَّابِ وَنَحْوِهِ مِنْ الْفَوَاكِهِ مِمَّا يُبَاعُ فِي الْخَانَاتِ مِنْ الْمَأْكُولَاتِ ، وَقِيمَةِ الْقَلَانِسِ وَالْكَرَابِيسِ، وَالْوَقَايَا وَالْخَمْرِ، وَخَرَزِ الزُّجَاجِ وَالْقَوَارِيرِ، وَأَوْعِيَةِ الْفَخَّارِ، وَقُدِّرَ بِمَا قِيمَتُهُ قَدْرُ قِيرَاطِ الْمِثْقَالِ انتهى [11].

وهذا التقدير بقيراط [12] المثقال ذكره الإمام ح والقاضي زيد وغيرهما ، وقال أبو مضر وابن الخليل: دون ربع المثقال، وعن أبي جعفر إلى دانق[13] وهو قيراطان وعن ط: قدر درهمين [14]، وقد تقدم تحقيق الكلام في القيراط في كتاب الزكاة .

فـــــرع: وتكفي المعاطاة في ملك المحقر بما تقدم من دون لفظين ماضيين عند العترة والحنفية وابن سريج والنووي ولا يكفي في غير المحقر اتفاقاً، وعن ش وأصحابه[15] لا بد من اعتبار اللفظين في المحقر كغيره جرياً على القياس [16].

---

1 - شرح الأزهار - (٣ / ٨).
2 - في (أ) "القصاب" وهو تحريف.
3 - في (ب)"العكس".
4 - نهاية ورقة١٧٢ من (أ).
5 - في (ب) " المحقرات ".
6 - نهاية ورقة١٧٩ من (ب).
7 - في (ب) " مجهراً "وهو تحريف.
8 - في (ب) " كتبت ثم شطبت ".
9 - الغيث المدرار ج٣(خ) .
10 -سقط من (أ) .
11 - البحر الزخار (٨ / ٢٥) .
12 - القِيْراطُ: معروف، ووزنه يختلف باختلاف البلاد، فهو عند أهل مكة - حرسها الله تعالى - ربع سدس الدينار، وعند أهل العراق نصف عشر الدينار. وأما القيراط الذي في الحديث فقد جاء تفسيره فيه أنه مثل جبل أحد. العباب الزاخر (١ / ٣٠٠). و(الصحاح للجوهري (٤ / ٢٨٨).
13 - هو القيراط. (الصحاح للجوهري (٤ / ٢٨٨).
14 - شرح الأزهار - (٣ / ٨) .
15 - في (ب) " وعن الشافعي وأكثر أصحابه ".
16 - المجموع - (٩ / ١٦٤)و شرح المحلي على المنهاج - (١ / ٢٩٥)و البحر الزخار (٨ / ٢٦) .

قلنا: اعتادها المسلمون في المحقرات خلفاً عن سلف فلم ينقل عنهم التلافظ في شيء منها سوى [زن خذ] (١) هات ونحوه .

وما استحسنه المسلمون فهو حسن فاكتفي فيها بالعرف كما اكتفي فيه(٢) في الهدايا والإحياء والقبض وغيرها.

ولحديث بيعه صلى الله عليه وآله القعب (٣) والحلس (٤) وهو ما رواه أَنَسِ بن مَالِكٍ أَنَّ رَجُلًا من الْأَنْصَارِ أتى رسول الله صلى الله عليه وآله يَسْأَلُهُ فقال أَمَا في بَيْتِكَ شَيْءٌ قال بَلَى حِلْسٌ نَلْبَسُ بَعْضَهُ وَنَبْسُطُ بَعْضَهُ وَقَعْبٌ نَشْرَبُ فيه [من] (٥)الْمَاءِ قال ائْتِنِي بِهِمَا فَأَتَاهُ بِهِمَا فَأَخَذَهُمَا رسول اللَّهِ صلى الله عليه وآله بيده وقال من يَشْتَرِي هَذَيْنِ قال(٦) رَجُلٌ أنا آخُذُهُمَا بِدِرْهَمٍ فقال [رسول الله صلى الله عليه وآله] (٧) من يَزِيدُ على دِرْهَمٍ مَرَّتَيْنِ أو ثَلَاثًا فقال رَجُلٌ أنا آخُذُهُمَا بِدِرْهَمَيْنِ فَأَعْطَاهُمَا إِيَّاهُ (٨) وَأَخَذَ الدِّرْهَمَيْنِ ... الحديث بطوله أخرجه أبو داود (٩) ولم يذكر فيه أن النبي صلى الله عليه وآله [وسلم] (١٠) لافظه فيهما ولا أمر (١١) بذلك.

قوله عليلم: " **ويكفي في الضمني إسعاد**" أي يكفي عن اللفظين في البيع(١٢) الضمني امتثال المأمور لما طلبه الأمر، والمراد بالضمني ما يتضمن الإيجاب والقبول [شرعاً] (١٣) وإن لم يتلفظ بهما فيه نحو أن يقول لغيره اعتق عبدك عن كفارتي على ألف فيقول أعتقت فيصح العتق عنه ويلزم من صحته صحة البيع لتوقف صحته على صحته فكأنه قال بعه مني بألف واعتقه عني فقال بعت وأعتقت وكذا لو قال مالك لعبد اعتق أنا عبدي عن كفارتك فقال نعم فقال أعتقت أو قال المالك اعتق أنت عبدي عن كفارتك فقال أعتقت فإن ذلك جميعه يصح لما تقدم .

---

1 - في (ب) " خذ زن ".
2 - في (ب) " به ".
3 - إناء ضخم كالقصعة والجمع "قِعَابٌ"، و"أَقْعُبٌ" مثل سهم وسهام وأسهم.المصباح المنير(١ / ٢٦٣).
4 - الحِلْس: كساءٌ يكون على ظهر البعير تحت البرذعة؛ ويُبْسَط في البيت تحت حُرِّ الثياب، وجمعه: أحْلاس وحُلُوس وحِلَسَة. العباب الزاخر - (١ / ٨٥).
5 - سقط من المخطوط.
6 - في المخطوط "فقال".
7 - الزيادة من المخطوط.
8 - في (ب) " فأعطاه إياهما ".
9 - أخرجه أبو داود في سننه -رقم١٦٤١ - كتَاب الزَّكَاة - باب ما تجوز فيه المسألة. (ج٢/ص١٢٠) وضعفه الشيخ الألباني في ضعيف أبي داود - باب ما تجوز فيه المسألة رقم ٢٩١ (٢ / ١٢٥).
10 - الزيادة من (ب) .
11 - في (ب) "أمره ".
12 - في (أ) " المبيع ".
13 - الزيادة من(ب) .

تنبيـــــهٌ: هذا البيع الضمني يسميه أهل الأصول اقتضاء وهو مما يدل عليه المنطوق بالالتزام لتوقف الصحة الشرعية عليه فهو توكيل متضمن للإيجاب والقبول، فيشترط فيه كمال صفات البيع من وجوده في الملك وتمييزه ونحوهما وقول المالك أعتقت يتضمن القبول فيشترط فيه شرائطه من كونه في المجلس قبل الاعراض وقبل رجوع الموجب ونحوها فإن قال اعتق عبدك عن كفارتي ولم يقل على ألف أو نحوه كان اقتراضاً فاسداً وتوكيلاً وكذا إذا قال بع عبدك لي أو عني أو بع عبدي لك أو عنك ففعل فإن القيمة تلزم لسيد العبد ويكون[1] الثمن لمن بيع له أو عنه وإذا فسخ البيع فإن كان فسخاً للعقد من أصله عاد العبد في ملك سيده وسقطت قيمته عن الطالب وإن كان من حينه عاد إلى ملك الطالب ولزمته قيمته للسيد .

فــــــرع: فلو كان العبد ذا رحم للطالب لم يقع عن الكفارة لأنه يعتق بالملك لا بالإعتاق وتحقيقه أنّ قوله اعتق عبدك عني بمثابة اشتريت عبدك وأمرتك بإعتاقه عني وقول السيد أعتقت بمثابة قبلت وأعتقت فإذا كان ذا رحم للطالب سبق العتق بالملك الإعتاق ولهذا قال اعتق أم ولدك عني بألف فاعتق عتقت مجاناً عن سيدها والولاء له لا للطالب بخلاف المسألة الأولى إذ لا إيجاب ولا قبول في هذه لعدم صلاحية المحل للمبيع .

فــــــرعٌ: وكذا إذا قال أضف عني السلطان ففعل لزمت الأمر قيمة الطعام فإن أشار إلى حب للمخاطب فقال أضف عني هذا الحب السلطان كان متضمناً لقرض الحب والاستئجار على صنعته فيلزم مثل ذلك الحب وأجرة المثل وما بقي من الطعام فهو للطالب في هذه الصورة مطلقاً وكذا في الأولى إن فعل المعتاد .

فــــــرع: وحيث يقول الطالب مجاناً لا يلزمه شيء في جميع الصور إذ يكون هبة وحيث يذكر عوضاً مجهولاً يكون بيعاً فاسداً وحيث لا يذكر عوضاً ولا عدمه يكون قرضاً صحيحاً حيث يكون فيما يصح فيه القرض وإلا ففاسد[2] والله أعلم وحيث لا يقول عني يقع العتق عن المأمور فإن قال علي ألف مني لزمه الألف ورجع به على العبد إن أمره بذلك لا إن لم يأمره لأنه متبرع وإن لم يقل مني فقال بعض أصحابنا يلزمه أيضاً .

وقال الأكثر: لا يلزمه ويكون العقد موقوفاً على إجازة العبد بخلاف اقض ديني فإنه يقع عنه ويرجع[3] عليه مطلقاً والوجه ظاهر ويقاس على ذلك والله الموفق، وهذه المسألة من زوائد الأثمار .

---

1 - في (ب) " فيكون ".

2 - في (ب) " ففاسداً ".

3 - في (أ) " فيرجع ".

"**فَصْـــــــلٌ**"

يَصِحَّانِ من مصادر ومضطر ولو بفاحش غالبا " المصادر من أكرهه ظالم قادر على تسليم مال ظلما فأراد بيع ماله ليتخلص بثمنه من ذلك [المال] (١) المطلوب منه فيصح بيعه حينئذ ولو غبن غبناً فاحشاً، وسواء باع من الظالم أو أعوانه أم من غيرهم ذكره الفقيه ح إذ ليس بمكره على نفس البيع بل على غيره وظاهر [٢/] قول الناصر وهو قول القاضي عبدالجبار(٣) أنه لا يصح بيعه مطلقاً سواء باع بغبن أم لا من الظالم أم(٤) من غيره إذ هو في حكم المكره لما ألجئ إليه.

وعن ص بالله: إن باع لم يصح والأصح وعليه حمل أبو جعفر كلام الناصر وقال الإمام ح: إن لم[٥/] يجد سواه وغبن [غبناً] (٦) فاحشاً فكالمكره وإلا فلا (٧).

قال المهدي عليلم في البحر: " قُلْت : إنْ بَاعَهُ إلى الْمُصَادِرِ فَمُكْرَهٌ قَطْعًا، وَإِلَّا فَلَا ، كَمَنْ بَاعَ لِيَشْتَرِيَ دَوَاءً، أَوْ لِيَنْكِحَ مَنْ اُفْتُتِنَ بِهَا ونحوها (٨) قَالُوا :" نَهَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ عَنْ بَيْعِ الْمُضْطَرِّ " (٩).

قُلْنَا: يَعْنِي الْمُكْرَهَ عَلَى الْبَيْعِ، إذْ لَيْسَ عَلَى عُمُومِهِ، وَإِلَّا لَزِمَ فِيمَنْ حُبِسَ لِيَقْضِيَ دَيْنَهُ أَنْ لَا يَصِحَّ بَيْعُهُ." انتهي (١٠).

فأما من أكرهه الظالم أو أعوانه على البيع منهم فلا يصح إجماعاً ذكره في الغيث (١١).

وأما المضطر فله منها:

---

1 - الزيادة من (أ) .

2 - نهاية ورقة ١٨٠ من (ب).

3 -هو قاضي القضاة عبد الجبار بن أحمد بن عبد الجبار الهمذاني، يعدُّ من معتزلة (البصرة) من أصحاب أبي هاشم، قال الحاكم: وليست تحضرني عبارة تنبي عن محله في الفضل، وعلوّ منزلته في العلم، فإنه الذي فتق الكلام ونشره، ووضع فيه الكتب الجليلة التي سارت بها الركبان، وبلغت الشرق والغرب، وضمنّها من دقيق الكلام وجليله ما لم يتفق.(مطلع البدور ومجمع البحور - (٣ / ٦).

4 - في (ب) " أو ".

5 - نهاية ورقة ١٧٣ من (أ).

6 - الزيادة من (أ) .

7 - البحر الزخار (٧ / ٤٩٩)و شرح الأزهار - (٣ / ١١).

8 - في البحر " أَوْ نَحْوَهُمَا" .

9 - أخرجه أبو داود في سننه -كتاب البيوع -بَاب فِي بَيْعِ الْمُضْطَرِّ -رقم٣٣٨٢ (ج٣/ص٢٥٥). وضعفه الشيخ الألباني. ينظر مشكاة المصابيح - (٢ / ١٤٥).

10 - البحر الزخار (٧ / ٤٩٩).

11 - الغيث المدرار ج٣(خ).

أن يبيع سلعة ليقضي ثمنها، أو يشتري[١] بها دواء، أو يتزوج بثمنها، أو نحو ذلك، فيبيع بغبن فاحش للحاجة إلى ذلك فهذا يصح بيعه بلا خلاف ومنها أن يبيع الشيء لعدم تمكنه من التصرف فيه كمن ينفى من بلده فللمنص بالله في صحة بيعه قولان: الصحيح صحته ولو بغبن فاحش وهو المذهب .

ومنها: أن لا يتمكن من قبضه لجحود من هو في يده فباعه منه أو من غيره لذلك فقال م بالله لا يصح لأن ذلك لا يكون عن اختيار.

قال في الغيث ما معناه: أن هذه الصورة ليست من باب الاضطرار وإنما هي من باب الإكراه لأن الجاحد لها بمنزلة من يقول إما بعتها مني وإلا غصبتها عليك وهذا إكراه بلا إشكال [٢].

ومنها: الصورة التي احترز منها بقوله:" غالباً " وهو أن يبيع ماله لخشية الهلاك على نفسه أو على غيره محترم الدم بالجوع أو العطش في ذلك الوقت فإن باعه بقيمته أو بدونها [قدر][٣] ما[٤] يتغابن الناس بمثله صح ذلك وإن كان الغبن فاحشاً لا يتغابن الناس بمثله فقال السيد ح :يكون البيع باطلاً إن لم يجد من يشتريه بقيمته لا حيث يجد من يشتريه بقيمته فيصح البيع[٥] وإن غبن .

[و] [٦] قال الفقيه ي: وقد ذكر ط في بعض المواضع أن المضطر هو من يبيع بأقل من القيمة أو يشتري بأكثر منها للضرورة .

وحاصل المذهب أن بياعات المضطر كلها صحيحة سواء باع بغبن أم بغير غبن إلا حيث الاضطرار بالجوع أو العطش في ذلك الوقت ويبيع بغبن فاحش مع عدم من يشتري[٧] منه بالقيمة كما تقدم.

والحجة على صحة بيع المضطر بغير الجوع والعطش [القياس على الصورة المتفق عليها وقد تقدم ذكرها وأما على عدم الصحة في حق المضطر بالجوع والعطش] [٨] فلنحو ما أخرجه أبو داود عن علي عليلم أنه قال:" سَيَأْتِي على الناس زَمَانٌ عَضُوضٌ يَعَضُّ

---

1 - في (أ) " اشترا .
2 - الغيث المدرار ج٣ (خ).
3 - الزيادة من (ب) .
4 - في (أ) " مما ".
5 - في (ب) " بيعه ".
6 - الزيادة من (ب) .
7 - في (ب) " يشتريه ".
8 - في (ب) مابين المعقوفتين سقطت من المتن واستدركت في الحاشية .

الْمُوسِرُ على ما في يده وَيُبَايِعُ الْمُضْطَرُّونَ ولم يُؤْمَروا[١] بِذَلِكَ قال تعالى: ﴿ ولا تَنْسَوْا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ ﴾[٢] وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وآله "عن بَيْعِ الْمُضْطَرِّ وَبَيْعِ الْغَرَرِ، وعن بَيْعِ الثَّمَرَةِ قبل أَنْ تُدْرِكَ" انتهى[٣][٤].

وحملنا المضطر في هذا الخبر ونحوه على المضطر للجوع أو العطش دون غيره جمعاً بين الأدلة.

وينبغي أن يلحق به من يضطر إلى اللباس لخشية الهلاك بالبرد ومن يضطر إلى الركوب في المغازة ونحوها[٥] والله أعلم .

وإنما عدل عن قوله في الأزهار "وَلَوْ بِتَافِهٍ "[٦] لأن التافه قد يفسر بالشيء الحقير الذي لا قيمة له وذلك لا يصح على أصل الهادوية إذ من شرطه صحة العوض عندهم أن يكون له قيمة فكان التعبير بقوله في الأثمار ولو بفاحش أرجح لسلامته من إيهام ما لا يصح على أنّ المذكور في الصحاح وغيره من كتب اللغة تفسير التافه بالشيء الحقير من دون زيادة لفظ الذي لا قيمة له والغبن الفاحش عند أهل المذهب هو ما يجاوز نصف عشر القيمة إما زيادة في حق المشتري أو نقصان في حق البايع ، وقيل ما يجاوز العشر ويعتبر بالقيمة في ذلك الزمان والمكان، وهذا حيث تكون الضرورة حاصلة ففي الحال وأما حيث كانت مخوفة في المستقبل فإنها لا تمنع صحة البيع مع الغبن وتلحق بضرورة الجوع ونحوه بيع الشيء بقية بغبن فاحش عند الخوف فإنه لا يصح .

فـــــرع: وإذا باع المضطر طعامه و[٧] شرابه مع خشية التلف بالجوع أو العطش فإن البيع يصح ويأثم وكذا من باع ثوبه ولا يجد ما يصلي به[٨] غيره أو ماءه ولا يجد ما يتوضأ به فإن البيع يصح مع الإثم إذ التحريم في ذلك لوجه آخر غير البيع والله أعلم .

قوله عليلم " **وَلَا يَتَوَلَّى الطَّرَفَيْنِ فيه كنحوه وَاحِدٌ أَوْ مَا فِي حُكْمِهِ**" أي لا يصح أن يتولى طرفي عقد البيع وهما الإيجاب والقبول شخص واحد فلا يصح أن يشتري الأب من نفسه مال ولده لنفسه و لا أن يشتري مال نفسه من نفسه لولده وما أشبه ذلك ، وأراد بنحو البيع كل عقد فيه مال أو ما في معناه من كلا الطرفين كالإجارة والصلح بالمال ونحوهما وذكر

---

1 - في السنن "ولم يؤمرْ ".
2 البقرة:٢٣٧.
3 - سبق تخريجه آنفاً.
4 - الغيث المدرار ج٣(خ).
5 - في (أ) " و نحوهما ".
6 - الأزهار - (١ / ٨٩).
7 - في (ب) " أو ".
8 - في (ب) " فيه ".

نحو البيع هنا ليكفي به عن ذكره في [ساير] [1] أبوابه كما ذكر نحو النكاح في بابه لمثل ذلك والذي في حكم الواحد أن يوكل الأب من يشتري منه مال نفسه لولده أو يبيع منه مال ولده فإن البيعين هنا في حكم الواحد لما كانت ولاية وكيل الأب حاصله من جهته فكأنه أشترى من نفسه أو باع منها وهذا هو الصحيح للمذهب على ما ذكره الأخوان[2] وهو قول زفر، وعند ح وهو أحد قولي ع [وأبي طالب][3] أنه لا يجوز لأحد أن يتولى الطرفين إلا الأب في مال ابنه الصغير، وكذلك الوصي وهو قول ك .

وقال ش: يجوز ذلك للأب والجد وإن علا دون غيرهما، وعن الناصر وص بالله وأحد قولي م بالله أن للولي أنّ يقدر ذلك بالقيمة ويأخذ من الصبي من باب المعاطاة والحيلة في [صحة] [4] ذلك على المذهب أن يبيع الولي مال الصبي من غيره ثم يشتريه لنفسه أو يبيع مال نفسه من الغير ثم يشتريه للصبي[ونحوه] [5] [6].

فأما[/7] لو[8] كان الصبي مميزاً جاز للولي أن يشتري منه أو يبيع والدخول معه تكميل لولايته.

وقيل ح: لا يصح ذلك إذ الصبي قائم مقامه كالوكيل والأول أصح كما قالوا تصح مكاتبة المراهق [9].

والحجة لما اختاره أهل المذهب أن البيع ونحوه لا بد فيه من إيجاب وقبول من جهتين كما تقدم لاستلزامه صحة تولي الطرفين أن يكون مسَلِماً مُتسلِماً ضامناً للدرك مضموناً له لتعلق الحقوق به من الطرفين بخلاف ما لم يكن فيه مال من الطرفين كالنكاح فإنه يصح أن يتولى طرفيه[/10] واحد لما كانت الحقوق لا تتعلق[11] به .

ووجه الفرق أنّ البيع ونحوه يصح فيه نقل استحقاقه إلى الغير [فتعلقت حقوقه بمن يتولاه من غير لدخوله في ملكه لحظه فلم يصح أن يتولى طرفيه واحد بخلاف غيره كالنكاح

---

1 - الزيادة من (أ) .
2 - المؤيد بالله وأبو طالب.
3 - الزيادة من (ب) .
4 - الزيادة من (أ).
5 - الزيادة من(ب) .
6 - البحر الرائق - (٧ / ١٦٦)و المبسوط - (٧ / ٤٦٤)و حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - (١٢ / ١٥٤)و الأشباه والنظائر - (١ / ٤٢٥)و شرح الأزهار - (٣ / ١١).
7 - نهاية ورقة١٨١ من (ب).
8 - في (ب) " لو ".
9 -المرجع السابق.
10 - نهاية ورقة ١٧٤ من (أ).
11 - في (أ) " لا تعلق ".

ونحوه مما لا يصح نقل استحقاقه إلى الغير][1] فلا تتعلق الحقوق به[2] بتوليه[3] عن غيره إذ لا يدخل في ملكه وسيأتي لذلك مزيد تحقيق في كتاب الوكالة إن شاء الله تعالى .

قوله عليلم: " **ويصح كل إنشاء من نحو أخرس غالباً** "الأخرس هو الذي لا يسمع ولا ينطق وأراد بنحوه المصمت والأبكم فيصح منهم فيصح منهم بالإشارة المفهمة كل إنشاء من بيع وشراء وهبة وإجازة ونكاح وطلاق ونذر وغير ذلك إلا ما استثناه بقوله غالباً وهي الأربعة منهم لافتقارها إلى النطق بألفاظ مخصوصة لا تفيدها الإشارة ،وهذا هو المذهب أما صحة ما عداها من الأخرس بالإشارة فمجمع عليه ومثله الأبكم إذ لا فارق بينهما، وأما المصمت فهو كذلك على المذهب وهو قول ش [4].

وقال م بالله قديماً: لا تصح إلا وصيته لأنه مضطر إليها، وقال ح : لا تصح تصرفات المصمت لرجوى زوال إصماته .

قال الطحاوي: هذا إذا لم يطل إصماته قدر سنة فإن طال كان كالأخرس [5].

والمراد بالمصمت: من اعتقل لسانه عن الكلام لعارض بعد أن كان متكلماً، وقد أفاد مفهوم قوله "من نحو أخرس" أن الصحيح المتمكن من النطق لا يصح منه بالإشارة أي إنشاء إذ هي بدل من النطق ولا يكفي البدل مع التمكن من المبدل منه كما في غير ذلك ، ولما كان مفهوم قوله ويصح كل إنشاء أن إقرار الأخرس ونحوه لا يصح مع أنه يصح إقراره بغير الزنا أدخل ذلك في الاحتراز بقوله "غالباً" وهو احتراز من العكس كما أنه في الأربعة المتقدمة احتراز من الطرد ،وإنما عدل عن عبارة الأزهار لتناول عبارته العقود وغيرها عدا ما احترز منه بقوله "غالباً" من طرد وعكس مع الاختصار، وأما إقرار الأخرس ونحوه بالزنا فلا يصح بالإشارة إذ لا ضرورة إلى ذلك، وكذا لا يصح إقرار القادر على النطق بأي شيء بطريق الأولى لما تقدم ، وإنما أتى في الأثمار بلفظة كل للتنبيه على أنه لا فرق في الصحة بين أن يكون الإنشاء عقداً أم غير عقد وذلك واضح والأصل في صحة اعتبار إشارة الأخرس ونحوه ما تقدم في كتاب الطلاق من عمل النبي صلى الله عليه وآله "بإشارة المرأة التي رضخ اليهودي رأسها [6]، وعمل الصحابة بإشارة

---

1 - الزيادة من (ب) .
2 - في (ب) "فيه".
3 - في (ب)"بمتوليه" .
4 - إعانة الطالبين - (٣ / ٤).
5 - البحر الزخار (١٥ / ٣٤٢).
6 - أخرجه البخاري في صحيحه - كِتَاب الْوَصَايَا -بَاب إِذَا أَوْمَأَ الْمَرِيضُ بِرَأْسِهِ إِشَارَةً بَيِّنَةً جَازَتْ -رقم٢٥٩٥ (ج٣/ص١٠٠٨). و النسائي في السنن الكبرى- كتاب الدعاء بعد الأكل - باب القود من الرجل للمرأة -رقم٦٩٤٣.ولفظ

أمامة بنت زينب[1] في وصيتها وللضرورة إلى العمل بالإشارة مع قيامها مقام النطق في الإعلام بما في الضمير كما تقدم .

تنبيـــــهٌ: لا تصح المعاملات بألفاظ الكناية على ظاهر المذهب لافتقارها إلى النية ولا يمكن الاطلاع عليها بل كل لفظ يقتضي التمليك عرفاً فهو صريح عندهم ،وعلى هذا لا ينعقد عندهم بالكناية إذ هي كناية ولهذا حذفها المؤلف [عليلم] [2] ولم يذكرها كما في الأزهار [3].

وقال الإمام في الغيث: ما لفظه والبيع والشراء يصحان بالكتابة كما لا يصح النكاح.

هذا ذكره ط في أحد قوليه، [وعلى أحد قوليه] [4] أنه لا يصح بالكتابة .

قيل ف: والصحيح القول الأول أنه يصح بها كما في الأزهار لأنه عقد ينعقد بالإشارة كما قدمنا فالكتابة أولى لقوله صلى الله عليه وآله القلم أحد اللسانين انتهى [5].

ولا يخفى ما فيه لأن أهل المذهب إنما أجازوا ذلك بالإشارة عند تعذر النطق فينبغي أن يعتبر ذلك في الكتابة والله أعلم.

وقال الإمام ح : [و] [6] في الكتابة وجهان ينعقد بها البيع كالنكاح ولا كالإيماء مع إمكان النطق وهو المختار انتهى [7].

وقال في شرح الإرشاد ما معناه:" ينعقد البيع بالكناية مع النية لدلالتها على الرضا كالصريح إلا في بيع الوكيل المشروط عليه الإشهاد فلا ينعقد بالكناية لأن الشاهد لا يمكنه الاطلاع على النية وينعقد بالكتابة المرتسمة مع النية فإذا كتب كاتب إلى غائب بالبيع وقبل المكتوب إليه عقيب قراءة الكتاب انعقد وإن كتب الحاضر ولو على الأرض فوجهان.

قال

=الحديث كما في البخاري" عن أَنَس رضي الله عنه أَنَّ يَهُودِيًّا رَضَّ رَأْسَ جَارِيَةٍ بين حَجَرَيْنِ فَقِيلَ لها من فَعَلَ بِكِ أَفُلَانٌ أو فُلَانٌ حتى سُمِّيَ الْيَهُودِيُّ فَأَوْمَأَتْ بِرَأْسِهَا فَجِيءَ بِهِ فلم يَزَلْ حتى اعْتَرَفَ فَأَمَرَ النبي r فَرُضَّ رَأْسُهُ بِالْحِجَارَةِ (ج٤/ص٢١٩).

1 -سبق ترجمتها باسم أمامة بنت أبي العاص.

2 - الزيادة من (أ) .

3 - الأزهار - (١ / ٨٩).

4 - الزيادة من (أ) .

5 -الغيث المدرار ج٣(خ).

6 - الزيادة من (ب) .

7 -المرجع السابق.

السبكي [1]: ينبغي أن يكون أصحهما الصحة ثم قال ولا بد في اللفظ صريحاً كان أو كناية من أن يكون بحيث يسمعه من تقرب اللافظ وإلا فلا يعتد به إذ لا يعد الآتي به متكلماً صاحبه كما لو حلف لا يكلم فلاناً انتهى [2].

وهذا الذي ذكره في وجوب الاستماع موافق لأصول المذهب.

وحذف قوله في الأزهار "ويصحان من الأعمى"[3] لظهور ذلك إذ لم يفصل الدليل والقول بصحة بيع الأعمى وشرائه هو الذي ذكره السادة للمذهب وهو قول ح وأصحابه [4].

وقال النووي[5] لا يصح، وقال ش: يصح إن كان العمى طارئاً [6] لا أصلياً [7].

قلنا: وإذا[8] عاد إليه بصره فلا خيار له مطلقاً لأن الوصف يقوم مقام الرؤية.

وقيل ع: الوصف بدل فإذا قدر على المبدل منه ثبت له الخيار حيث كان العمى طارئاً لا أصلياً [9].

وحذف أيضاً قوله في الأزهار "ومن غير المأذون وكيلا ولا عهده عليه"[10] لفهم ذلك مما يأتي في باب المأذون وكتاب الوكالة والمراد بغير المأذون الصبي والعبد المحجورين كما سيأتي .

---

1 - هو الإمام الفقيه المحدث تقي الدين أبو الحسن على بن عبد الكافي بن على بن تمام، شيخ الإسلام وإمام العصر، ولد في بنو سنة ثلاث وثمانين وستمائة، وأخذ الفقه عن ابن الرفعة والحديث عن الشرف الدمياطي ومن ابن الصواف وغيرهم، صنف أكثر من مائة وخمسين مصنفا ، ولي قضاء الشام وتوفي بمصر سنة ست وخمسين وسبع مائة (طبقات الحفاظ ٥٢٥/١) .

2 -شرح الإرشاد (٢٨٢/١).

3 - الأزهار - (١ / ٨٩).

4 - الاختيار لتعليل المختار - (٢ / ١٠)و شرح الأزهار - (٣ / ٩).

5 - في (أ)"الثوري"والصحيح ما أثبته.ينظر (روضة الطالبين (٣ / ٣٥).

6 - المراد بالطارئ ما كان بعد معرفة المبيع والأصلي خلافه. حاشية شرح الأزهار - (٣ / ٩).

7 - روضة الطالبين- (٣ / ٣٥)و المهذب ج١/ص٢٦٤.

8 - في (ب) "فإذا".

9 - شرح الأزهار - (٣ / ٩).

10 - الأزهار - (١ / ٨٩).

"فَصْـــــــلٌ"

ويَلْحَقُ بِالْعَقْدِ زِيَادَةٌ [١/] ونَقْصُ مَعْلُومَانِ فِي الْمَبِيعِ وَالثَّمَنِ وَالْخِيَارِ وَالْأَجَلِ غالباً ".

قال أبو مضر: لا خلاف بين العلماء أن الشرط المتقدم على العقد لا يصح ولا يلزم، ولا خلاف في أنه إذا قارن العقد لحق به وإنما الخلاف إذا شرطت هذه الأشياء بعد العقد هل ينصرف إلى العقد ويلحق به أولا [٢]؟

قال في الغيث: ما معناه وفي المسألة إطلاقان وتفصيل، الإطلاق الأول للش: أن الزيادة بعد العقد لا تلحقه مطلقاً [٣].

الثاني لأح: أنها تلحقه مطلقاً أي معلومة كانت أو[٤] مجهولة لكن المجهولة[٥] عنده تلحق وتفسد العقد [٦].

الثالث: التفصيل وهو المذهب أنها إن كانت معلومة لحقت وإن كانت مجهولة لم تلحق وصح العقد، ومثال الزيادة في المبيع أن يبع أشياء معدودة كشياه ثم لما تم العقد قال البايع قد زدتك هذه الشاة أو نحو ذلك، ومثال الزيادة في [الثمن أن يقول المشتري بعد التزام العقد قد زدتك في الثمن عشرة دراهم أو نحو ذلك، ومثال الزيادة في[٧/]] [٨] الخيار والأجل أن يكونا أياماً معلومات فيقول الذي شرط عليه ذلك بعد تمام العقد قد زدتك يوماً أو يومين[٩] أو نحو ذلك ، ولا تفتقر الزيادة بعد العقد إلى قبول غير القبول الأول لكنها تبطل بالرد ويكفي في قبولها عدم الرد وإلا لم تكن لاحقة بالعقد الأول وافتقرت إلى عقد جديد وقس النقص على الزيادة في جميع الأمور المذكورة، ولا فرق بين أن تقع الزيادة أو النقص قبل التقابض أو بعده كما أشار إليه في الأزهار بقوله "مطلقاً"[١٠] وإنما حذفه المؤلف عليلم لما عرف من أسلوبه في هذا المختصر أن إطلاق العبارة كاف في ذلك واحترز بقوله "غالباً" من الزيادة في الثمن والنقص من المبيع في حق الشفيع فإنهما لا يلحقان بالعقد، وإنما عدل

---

1 - نهاية ورقة١٨٢ من (ب).
2 -الغيث المدرار ج٣ (خ).
3 - السراج الوهاج ج١/ص١٨٩.
4 - في (ب) "أم" .
5 - في (أ)"المجهول".
6 - الاختيار لتعليل المختار - (٢ / ٨).
7 - نهاية ورقة ١٧٥ من (أ) .
8 - الزيادة من (أ) .
9 - في (ب) "يومين".
10 - الأزهار - (١ / ٨٩).

عن قوله في الأزهار:" لا الزِّيَادَةُ فِي حَقِّ الشَّفِيعِ " إلى قوله "غالباً"[١] للاختصار ولأن عبارة الأزهار توهم أن الزيادة لا تلحق في حق الشفيع مطلقاً سواء كانت[٢] في الثمن أو في المبيع أو في غيرهما وليس كذلك بل المراد ما فسر به بقوله[٣] غالباً والزيادة في المبيع تلحق في حق الشفيع كغيره و كذا النقصان من الثمن تلحق في حقه فيأخذ المبيع مع زيادته[٤] ولا تلزمه من الثمن إلا مثل ما سلمه المشتري إلى البايع دون [القدر] [٥] الذي نقصه [٦].

قوله عليلم: " **وأَوَّلَ مُطْلَقِ الْأَجَلِ وَقْتُ الْقَبْضِ** " فإذا قال بعت منك هذا بكذا وأحلتك بالثمن شهراً كان أول الشهر يوم قبض المبيع وحكم الأجل حكم الزيادة في أنه لا يصح قبل العقد بلا خلاف ويصح مع العقد بلا خلاف وأما بعد العقد ففيه الخلاف المتقدم والقول بأن أول مطلق الأجل وقت القبض للمبيع [و] [٧]هو المذهب [٨].

---

1 - المرجع السابق.
2 - في (ب)"كان" .
3 - في (ب)"قوله" .
4 - في (ب)"زيادة".
5 - الزيادة من (ب) .
6 -الغيث المدرار ج٣ (خ).
7 - الزيادة من (ب)" .
8 -الغيث المدرار ج٣ (خ).

"فَصْـــلٌ"

[أحكام المبيع والثمن والفرق بينهما]

والْمَبِيعَ [و] [1]هو غير المثلى غالباً يتعين فَلَا يَصِحُّ معدوما كما مر ولَا يَتَصَرَّفَ فِيهِ قَبْلَ القبض غالباً ويَبْطُلُ الْبَيْعُ بنحو تلفه ويُفْسَخُ مَعِيبُهُ ولَا يُبْدَلُ" هذا الفصل في بيان أحكام المبيع والثمن والفرق بينهما فالمبيع[2] هو غير المثلى أي القيمي.

وقوله: "غالباً" احتراز من بعض [صور] [3] المثلى فإنه قد يكون مبيعاً وهو غير النقدين إذا كان مسلماً فيه أو معيباً أو قوبل بالنقد فإنه يكون بيعاً[4] في هذه الأحوال، وللمبيع أربعة أحكام الأول أنه يتعين أي يجب تسليمه بعينه فلا يصح أن معدوماً كما تقدم لقوله صلى الله عليه وآله:" لا تبع ما ليس عندك" [5]وقد مر إلا في السلم لترخيصه صلى الله عليه وآله فيه كما سيأتي وكذا ما في ذمة مشتريه إذ هو كالمقبوض وقد تقدم الاحتراز عنها بين الصورتين بقولنا غالباً في الشرط الثامن حيث قال والمبيع موجود في الملك غالباً .

الحكم الثاني: أنه لا يصح أن يتصرف فيه المشتري قبل قبضه ببيع ولا هبة ونحوهما لنهيه صلى الله عليه وآله "عن بيع ما لم يقبض" كما رواه النسائي من حديث حكيم بن حزام قال ابتعت طعاماً من طعام الصدقة فربحت فيه قبل أن أقبضه فأتيت رسول الله صلى الله عليه وآله فذكرت ذلك له فقال:" لا تبعه حتى تقبضه" [6]وفي ذلك أحاديث آخر .

وقوله:" غالباً" احتراز من الاستهلاك كالعتق والوقف فإنهما يصحان قبل القبض وينفذان، وكذا حيث جنى المشتري على المبيع قبل قبضه فإنه يتلف من ماله ولا يلزمه إلا الثمن في جميع صور الاستهلاك .

الحكم الثالث: أن البيع يبطل بتلف المبيع قبل قبض المشتري له بغير جنايته وكذا بنحو تلفه وهو أن ينكشف كونه ملكاً لغير البايع فيستحقه فإن البيع يبطل في هاتين الصورتين كما[7] سيأتي [في] [8] الحكم الرابع أن المبيع إذا انكشف معيباً فسخه المشتري إن لم يرضه

---

1 - الزيادة من (أ) .
2 - في (ب)"والمبيع" .
3 - الزيادة من (ب) .
4 - في (ب)"مبيعاً" .
5 -سبق تخريجه صـــ٤٥٥ .
6 -أخرجه النسائي في السنن الكبرى-كتاب البيوع- باب بيع الطعام قبل أن يستوفى-رقم ٦١٩٥ (ج٤/ص٣٧).وصححه الألباني في صحيح وضعيف سنن النسائي (١٠ / ١٧٥).
7 - في (ب)"لما" .
8 - الزيادة من (ب) .

ولم[1] يصح أن يسلم للمشتري بدله إذ يصير من بيع ما ليس عنده ذكره في البحر، [2]وهذه الأحكام قد تضمنتها عبارة الأثمار بتمامها .

قوله عليلم:" **والثمن وهو مثلي**[3]**عَكْسُهُ غَالِبًا فيهما** "يعني أنّ الثمن وهو المثلي هو عكس المبيع في الأحكام الأربعة التي من ذكرها فلا يتعين بل يصح معدوماً، ويصح التصرف فيه قبل قبضه ولا يبطل البيع بتلفه ولا باستحقاقه بل يجب إبداله و لا يفسخ معيبه بل يبدل.

وقوله: "غالباً" فيهما أي في الصورتين المذكورتين وهما كون الثمن هو المثلى وكون أحكامه على العكس من أحكام المبيع.

[أما] [4] في الصورة الأولى فاحترز من أن يعين المثلى غير النقدين[5] أو يقابل بالنقد أو يكون مسلماً فيه فإن[6] [في] [7] هذه الوجوه الثلاثة يكون مبيعاً مع كونه مثلياً فيثبت له أحكام المبيع كما تقدم .

مثال التعيين: أن يقول بعت مني هذا الطعام، أو ذلك الطعام بكذا دراهم أو بهذه السلعة أو بكذا مكيالاً لا من كذا أو بكذا رطلاً[8] من كذا فإن الطعام يكون مبيعاً في هذه الصور جميعها والذي في مقابلته أثمان كلها إلا السلعة لأنها قيميّه[9] فهي مبيعه أيضاً، فأما لو قال هذا الطعام بهذا المكيل أوالموزون، فإنهما يكونان مبيعين جميعاً لأنه عينهما فيثبت لكل واحد منهما أحكام المبيع .

ومثال مقابلة المثلى بالنقد: أن يشتري طعاماً بدراهم أو يكون عليك عشرة أصواع[10] شعيراً مثلاً فيقضي الغريم بها عشرة دراهم فقد اشتريت[11] الطعام الذي في ذمتك بالنقد

---

1 - في (ب)"ولا" .
2 - البحر الزخار (٧ / ٤٩٦).
3 - في (ب)"المثلي".
4 - الزيادة من (ب) .
5 - في (ب)"النقد".
6 - في (ب)"فإنه".
7 - الزيادة من (ب) .
8 - في (ب)"رطل".
9 - في (ب)"قيمته" .
10 - في (ب)"أصيع" .
11 - نهاية ورقة١٨٣ من (ب).

فالطعام مبيع لأنه في مقابلة النقد فلو[1] قضيته سلعة أو طعاماً كان الطعام الذي في ذمتك ثمناً لا مبيعاً، لأنه غير معين والذي في مقابلة[2] معين.

وأما في الصورة الثانية: وهي[3] كون أحكام الثمن عكس أحكام المبيع ،فاحترز[4] فيها عن ثمن الصرف و[ثمن] [5]السلم فلهما من أحكام المبيع أنه لا يصح التصرف فيهما قبل قبضهما كما[6] سيأتي في باب الصرف والسلم[7] إن شاء الله تعالى، وإنما عدل [المؤلف][8] عليلم عن عبارة الأزهار بتقديم ذكر ماهية المبيع والثمن وتأخير ذكر أحكامهما لأن هذا هو القياس إذ لا ينبغي أن يتكلم على حكم الشيء حتى تعرف ماهيته.

تنبيــــهٌ: قد تلخص مما تقدم ما يتميز به الثمن من المبيع وهو أن الثمن هو النقدان وما لم يعين من المثلى ولا قابله نقد، وأن المبيع هو القيمي والمسلم فيه مطلقاً، ومن المثلى ما عين أو قوبل بالنقد ويتميز المثلي من القيمي بأن المثلي هو ما استوفت أجزاؤه وقل التفاوت فيه وكان [له] [9] مثل في الصورة وما لم يكن كذلك فهو القيمي .

قيل: فالمكيلات والموزونات والمعدودات مثلية إذا تساوت في الصفات أو تقاربت، ومعنى التفاوت أن يكون تفاوتها مع اختلافها في قدر نصف عشر القيمة فما دون[10]، فأما[11] غير المكيلات والموزونات والمعدودات فلا يقضى بأنها مثلية وإن وجد فيها ما يستوي في القيمة بل هي قيمته بلا شبهة [انتهى] [12] [13].

تنبيــــهٌ: اختلف في الثمن النقد إذا عين هل يتعين كغيره ؟

فالمذهب على ما أخرجه[14] أبو ع وأبو طالب للهادي، وهو قول ح وأصحابه أنه لا يتعين، وإن عُين فيجوز إبداله، ويجب حيث هو معيب ولا يبطل البيع بتلفه ولا باستحقاقه قبل قبضه بل يجب تسليم مثله وإذ عين ثمناً ثم وهبه البايع للمشتري أو قبضه بغير إذنه لم

---

1 - في (ب)"ولو".
2 - في (أ)"قابله" .
3 - في (ب)"فهي".
4 - في (ب)"واحترز" .
5 - الزيادة من (أ).
6 - في (ب)"لما" .
7 - في (أ)"كررت بعدها كلمة "كما سيأتي" .
8 - الزيادة من (أ).
9 - الزيادة من (أ) .
10 - في (ب)"دونها" .
11 - نهاية ورقة ١٧٦ من (أ) .
12 - الزيادة من (ب) .
13 - العناية شرح الهداية - (٨ / ٣٨٣).
14 - في (ب)"خرجه" .

يصح ذلك بل يكون الثمن باقياً على المشتري قبل ذكره في الكافي عن ع وذهب الناصر وم بالله والإمام ح وش وأصحابه إلى أنه يتعين إذا عين كتعيينه إذا قابله جنسه، ولتعيينه غصباً ووديعة وشركة ورهناً، وفي الثمن [والهبة] [1] والصدقة والنذر والوصية والمضاربة والوكالة اتفاقاً[2] قالوا فإذا عين ثمناً تعين وصار كالمبيع إلا في جواز التصرف قبل قبضه، وأنه إذا استحق أو تلف قبل قبضه فسد البيع عند م بالله ولم يبطل، وإذا كان للغير وأجاز مالكه الشراء به صح وكان المبيع له ولو نواه المشتري لنفسه كما لو باع مال الغير على ما سيأتي [إن شاء الله] [3] [4].

قال في البحر:" قُلْنَا : ثُبُوتُهُ فِي الذِّمَّةِ ، وَصِحَّةُ الْعَقْدِ عَلَيْهِ غَيْرُ مُعَيَّنٍ يَقْتَضِي أَنَّهُ لَا يَتَعَيَّنُ فِي الْبَيْعِ خَاصَّةً وَإِلَّا كَانَ كَالْعُرُوضِ[5] قُلْت وَالرِّبَوِيَّاتُ خَصَّهَا الْخَبَرُ ، وَبَقِيَ فيمَا عَدَا الْبَيْعِ عَلَى الْقِيَاسِ انتهى[6].

واحتج أيضاً بِالْإِجْمَاعِ عَلَى جَوَازِ التَّصَرُّفِ فيه قَبْلَ قَبْضه، وَأَنَّ الْبَيْعَ لَا يَبْطُلُ بِتَلَفِهِ وَإِنْ غير[7] فيهمَا وَإِنْ فَسَدَ عِنْدَ م بالله فَاقْتَضَى أَنَّهُ لَا يَتَعَيَّنُ، وَإِلَّا كَانَ كَالْقِيَمِيِّ وَالْمِثْلِيِّ فِي ذَلِكَ انتهى [8].

فــــرع: وعلى القول بأنه يتعين في العصب وما ذكر معه فلو[9] أبدله غير مالكه بغيره أثم اتفاقاً ولا يلزمه رده بعينه حيث قد خرج من يده عند الهادوية بل يغرم مثله وأما على قول م بالله ومن وافقه فالقياس وجوب استفدائه إن لم يمنع منه إجماعاً والله أعلم .

فــــرع: فلو كان النقد ديناً في ذمة الغير واشترى به صاحبه شيئاً من غير من هو عليه فقيل أنه يصح ولا يتعين هنا وفاقاً.

وقيل: بل يتعين على قول م بالله ومن معه فيكون الشراء فاسداً كما لو كان الذي في الذمة قيمياً أو مثلياً أو اشترى به من غير [من هو عليه فإن ذلك لا يصح وفاقاً ويصح بيع

---

1 - الزيادة من (ب) .

2 - قوله والوكالة هكذا في بيان ابن مظفر فقال في الأزهار في كتاب الوكالة في مخالفة الوكيل التي ينقلب بها فضولياً وما عين ما يتعين قال في شرحه احتراز مما لو عين له الشراء بدراهم أو دنانير فإنها لا تتعين تمت وقد حمل كلام البيان على أنه نهاه عن الشراء بغيرها والله اعلم .(تعليق في الحاشية من (ب).

3 - الزيادة من(ب) .

4 - البحر الزخار (٧ / ٤٩٤)و(٨ / ٣٥٣)و البيان الشافي لا بن مظفر(ج٢ / ٤٥٦).

5 - في(أ، ب)" كالعرض" وفي البحر ما أثبته.

6 - البحر الزخار (٧ / ٤٩١).

7 - في البحر "عيّن".

8 - المرجع السابق.

9 - في (ب) "ولو".

ما في الذمة ممن هو عليه إذا كان من غير] [١]السلم وقبض البايع الثمن قبل افتراقهما أو كان الثمن في ذمة البايع ليخرج بذلك عن الكالئ بالكالئ .

تنبيـــــهٌ: والمراد بالنقد هو الدراهم والدنانير المضروبة من الفضة والذهب المتعامل بها في الجهة وقت عقد البيع فأما ما لم يتعامل به في الجهة حينئذ [منهما] [٢] فهو كالسبائك وحكمها حكم العروض على الأصح فيتعين إذا عينت كسائر الموزونات.

مسألة: من باع بنقدٍ ثم حرم السلطان التعامل به قبل [قبضه] [٣] فوجهان يلزم ذلك النقد إذا عقدا عليه الثاني يلزم قيمته إذا صار لكساده[٤] كالعرض.

[و] [٥] ذكره الإمام ح قال ويصح التعامل بالمغشوش[٦] حيث لا قدر للغش وفيما له قدر وجهان[٧].

مسألة: ومن اشترى شيئاً[٨] بدراهم وكان في البلد [دراهم] [٩] مختلفة فإن كان اختلافها في مضيها لم يصح البيع إلا ببيانها و[١٠] حيث يكون فيهما غالب فينصرف إليه وإن كان اختلافها في الوزن والجودة [والرداءة]وهي مستوية في المضي على سعر واحد صح البيع وله الخيار في تسليم أيها شاء، ولو كانت مختلفة[١١] في المضي في غير بلده فلا عبرة بذلك ذكر ذلك م بالله [و] [١٢] هكذا في بيان ابن مظفر [١٣].

مسألة : ويصح أن يكون الثمن منفعة كخدمة عبدٍ أو حر أو سكنى دار أو نحو ذلك فيثبت للمبيع حكمه وللمنفعة حكم الإجارة لأن الإجارة تصح لفظ البيع إذا وقع على المنفعة كما سيأتي .

---

1 - سقط من (ب) .
2 - الزيادة من (ب) .
3 - في (أ) "طمست بمداد".
4 - في (ب) "بكساده".
5 - الزيادة من (أ) .
6 - المغشوش هو الَّذِي خُلِطَ مَعَهُ غَيْرُ جِنْسِهِ. (البحر الزخار (٤ / ٤٢٠).
7 -البحر الزخار (٨ / ٢٩) .
8 - في (ب) "عبداً".
9 - سقط من (أ) .
10 - في (ب) "أو".
11 - في (ب) "مختلفة".
12 - الزيادة من (ب).
13 -البيان لابن مظفر (ج٣/٤٥٧).

فائـــــدة: ولا تثبت ذوات القيم في الذمة بنفس البيع أو الإجارة و[1] الهبة اتفاقاً[2] وكذا في الصدقة وتثبت في الذمة في المهر وعوض الخلع والزكاة والهدي والأضحية والكفارة [والفدية] [3] والجزاء والسلم [والكتابة][4] [والوصية والنذر] [5] والإقرار والدية ولا فرق في ذلك بين الحيوان وغيره إلا في السلم عند أهل المذهب [6].

---

1 - في (ب) "أو".

2 - في (ب) "وفاقاً".

3 - الزيادة من (ب) .

4 - الزيادة من (أ).

5 - في (ب) "النذر والوصية".

6 - ينظر البيان لا بن مظفر (ج٢/ ٤٥٩).

"فَصْـــــــلٌ"

ويَجُوزُ نحو مُعَامَلَةُ معاملة نحو الظَّالِمِ ما لَمْ يُظَنَّ حرمته .

أراد بنحو المعاملة أكل طعامه، وإطعامه، والهبة، وقبول هبته، وكذلك الهدية والنذر [والوصية] [١]، وأراد بالمعاملة البيع والشراء والإجارة، وسائر المعاوضات، وأراد بنحو الظالم، المملوك، والصبي، والمجنون، والمميزين، وولي مال غير العاقل، والوقف.

وقوله "ما لم يظن حرمته" معناه [و] [٢] ما لم يظن حرمة [نحو] [٣] المعاملة فإن ظن حرمة ذلك لم يجز.

وحاصل [الكلام في] [٤] ذلك أن الأخذ من الظلمة، إما أن يعلم أو يظن أن الذي يأخذه منهم حلال أو حرام، أو يلتبس إن كان الأول جاز، وكره لأن في ذلك إيناساً لهم، وإن كان الثاني حرم بلا إشكال، وإن كان الثالث وهو أن يلتبس عليه بعد علمه بأنَّ[/٥] الشخص الذي يأخذ منه معه حلال وحرام ففي ذلك أقوال:

الأول: ظاهر وهو أنه يجوز، قيل وهو أحد قولي م بالله.

القول الثاني: للمؤيد أنه لا يجوز وإن[٦] الظاهر أن ما في أيدي الظلمة أنه حرام.

الثالث: حكاه في الزوايد عن أبي جعفر للناصر وأبي هاشم وقاضي القضاة أنه يجوز بشرط أن يقول من هو في يده أنه حلال لأن اليد واللسان لهما حكم في مواضع [أيضاً][٧] هذا إذا كان اللبس مع شخص واحد فأما إذا كان [اللبس بين أشخاص فإن التبس من معه الحرام يقوم غير محصورين جاز بلا إشكال وإن كان][٨] بين محصورين فلعله جائز بالإجماع كما حكاه الفقيه ع [٩].

تنبيــــــهُ: والوجه في جواز معاملة من في يده حلال وحرام[١٠] أن الأصل الإباحة، ويرجع إليها في[١١] اللبس، وأنه صلى الله عليه وآله اقترض شعيراً

1 - الزيادة من (ب).
2 - الزيادة من (ب) .
3 - الزيادة من (أ) .
4 - الزيادة من (ب) .
5 - نهاية ورقة ١٨٤ من (ب).
6 - في (ب)"فإن".
7 - الزيادة من (أ).
8 - الزيادة من (أ).
9 - شرح الأزهار - (٣ / ١٥).
10 - في (ب) "حرام وحلال".
11 - في (ب) "مع".

من يهودي في رهن[١] كما سيأتي في الرهن مع علمه بأنهم[٢] يأخذون الربا وقد نهوا عنه ووجه الكراهة ما تقدم ذكره من أنّ[في] [٣] معاملتهم إيناساً لهم والواجب إيحاشهم .

وحديث النعمان بن بشير[٤] ولفظه فيما أخرجه البخاري ومسلم سمعت رَسُولَ اللَّهِ صلى الله عليه وآله يقول وَأَهْوَى النُّعْمَانُ بِإِصْبَعَيْهِ إلى أُذُنَيْهِ إِنَّ الْحَلَالَ بَيِّنٌ وَإِنَّ الْحَرَامَ بَيِّنٌ وَبَيْنَهُن[٥][٦/] مُشْتَبِهَاتٌ لَا يَعْلَمُهُنَّ كَثِيرٌ من الناس فَمَنْ اتَّقَى الشُّبُهَاتِ اسْتَبْرَأَ لدينِهِ وَعِرْضِهِ وَمَنْ وَقَعَ في الشُّبُهَاتِ وَقَعَ في الْحَرَامِ كَالرَّاعِي يَرْعَى حَوْلَ الْحِمَى يُوشِكُ أَنْ يَقَعَ[٧] فيه ألا وَإِنَّ لِكُلِّ مَلِكٍ حِمًى ألا وَإِنَّ حِمَى اللَّهِ مَحَارِمُهُ إلى آخر الحديث [٨].

فـــــرع: وقد تناول قوله ما لم يظن حرمته معاملة ولي الصغير ونحوه فيجوز حيث لا يظن عدم المصلحة فإن علم أو ظن عدمها حرم ذلك فإن التبس الحال فسيأتي تفصيل ذلك [إن شاء الله تعالى] [٩] وتناول أيضاً معاملة العبد والصبي المميزين ما لم يظن حجرهما فإن ظنهما محجورين لم يجز له معاملتهما وحيث عاملهما ولم يظن حجرهما ولا علم كونهما مأذونين فإن ذلك يصح وهو بالحظر، بمعنى أنه إن[١٠] انكشف أنهما محجوران[١١] فسدت تلك المعاملة، وانتقضت هذا مذهبنا أعني أنه يجوز[١٢] معاملتهما وإن لم يعلم الإذن ما لم يظن حجرهما [١٣].

---

1 -أخرجه البخاري في صحيحه - كِتَاب الْبُيُوعِ - بَاب شِرَاءِ النبي r بِالنَّسِيئَةِ -رقم١٩٦٣، ولفظ الحديث "عن أَنَسٍ رضي الله عنه أَنَّهُ مَشَى إلى النبي r بِخُبْزِ شَعِيرٍ وَإِهَالَةٍ سَنِخَةٍ وَلَقَدْ رَهَنَ النبي r دِرْعًا له بِالْمَدِينَةِ عِنْدَ يَهُودِيٍّ وَأَخَذَ منه شَعِيرًا لِأَهْلِهِ وَلَقَدْ سَمِعْتُهُ يقول ما أَمْسَى عِنْدَ آلِ مُحَمَّدٍ r صَاعُ بُرٍّ ولا صَاعُ حَبٍّ وَإِنَّ عِنْدَهُ لَتِسْعَ نِسْوَةٍ"(ج٢/ص٧٢٩).

2 - في (أ) "أنهم".

3 - الزيادة من (ب) .

4 - هو النعمان بن بشير بن سعد بن ثعلبة الخزرجي الأنصاري، أبو عبد الله: أمير، خطيب، شاعر، من أجلاء الصحابة ،من أهل المدينة، له ١٢٤ حديثا، ولي القضاء بدمشق، ثم ولي اليمن لمعاوية، ثم استعمله على الكوفة، تسعة أشهر، وعزله وولاه حمص. وتمرد أهل حمص، فخرج هاربا، فاتبعه خالد بن خلي الكلاعي فقتله.وهو أول مولود ولد في الأنصار بعد الهجرة. له " ديوان شعر - ط " وهو الذي تنسب إليه " معرة النعمان " بلد أبي العلاء المعري: كانت تعرف بالمعرة، ومر بها النعمان صاحب الترجمة فمات له ولد، فدفنه فيها، فنسبت إليه. الأعلام للزركلي - (٨ / ٣٦).

5 - في لفظ مسلم "وبينهما".

6 - نهاية ورقة ١٧٧ من (أ).

7 - في (أ) "يرتع" كما هو في لفظ مسلم.

8- أخرجه البخاري في صحيحه- كِتَاب الْبُيُوعِ -بَاب الْحَلَالُ بَيِّنٌ وَالْحَرَامُ بَيِّنٌ وَبَيْنَهُمَا مُشَبَّهَاتٌ -رقم١٩٤٦(ج٢/ص٧٢٣).ومسلم في صحيحه- كِتَاب الْمُسَاقَاةِ - بَاب أَخْذِ الْحَلَالِ وَتَرْكِ الشُّبُهَاتِ -١٥٩٩. واللفظ له (ج٣/ص١٢١٩).

9 - الزيادة من (أ) .

10 - في (ب) "إذا".

11 - في (ب) "محجورين".

12 - في (ب) " أنها تجوز ".

13 -شرح الأزهار - (٣ / ١٦).

وقال ش: لا تصح معاملة المراهق ولو كان مأذونا لأنه لا يصح [له الإذن][1][2] عنده لقوله صلى الله عليه وآله:" رفع القلم عن ثلاثة" الخبر وقد مر [3].

قلنا: أراد صلى الله عليه وآله رفع الإثم، وقال الأمير الحسين: الأولى أنّ معاملة الصبي لا تجوز إلا بعد معرفة الإذن لأن الأصل أنه غير مأذون، و[قيل ي][4]: الأولى أن يعتبر العرف والعادة في الشيء المشترى منه فلا يجوز أن يشتري منه داراً ولا فرساً ما لم يعلم الإذن وقواه الإمام المهدي عليلم [5].

واحتج لذلك بما روي عن علي عليلم "أنه اشترى ثوباً من مراهق ولم يفتش عن حاله"[6].

قال م بالله: فدل على جواز معاملته وإن لم يعلم الإذن، وأما العبد فهو كالصبي عندنا، وهو قول ح وش في الجديد لأن العبد لا يملك شيئاً ومولاه هو المالك لما في يده لقوله تعالى:﴿ لاَّ يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ ﴾ [7].

وقال ك وش في القديم، وهو قول داود: بل يملك ما أكتسبه ولسيده انتزاعه فإن اعتق قبل انتزاعه ملكه العبد [8]. لنا ما تقدم.

قال في الغيث:" فأما جواز معاملته وإن لم يعلم الإذن فاستناد إلى الظاهر وذلك أن الظاهر في العادة أنه لا يتصرف إلا من قد أذن له مولاه [9].

قوله عليلم: " **والولي الأب ثُمَّ وَصِيُّهُ ثم الجد [ثُمَّ وَصِيُّهُ]** [10] **ثُمَّ نحو الإمام** "هذا هو المذهب في أولياء مال الصغير على الترتيب المذكور فلا ولاية لغير الأب مع وجوده فإن عدم كان الولي وصيه إن وجد ولا ولاية لغيره معه فإن عدم [فالجد أب الأب فإن عدم] [11] فوصيّه فإن عدموا فالإمام الأعظم ونحوه، والمراد بنحو الإمام الحاكم أو منصوب

---

1 - في (ب) "الاذن له"بدل مابين المعقوفتين .
2 - الحاوي الكبير ــ الماوردي - (٧ / ٦).
3 - سبق تخريجه صــ٧٣.
4 - في (ب) "قال الفقيه"بدل ما بين المعقوفتين.
5 - شرح الأزهار - (٣ / ١٦).
6 -ذكر في الغيث المدرار ج٣ (مخطوط) ولم أعثر عليه في كتب الحديث.
7 - النحل:٧٥.
8 - شرح الأزهار(٣ / ١٦) وبدائع الصنائع (٧ / ١٩٧) والأم (٢ / ١٢٢) والحاوي الكبير (٤ / ٩٢١).
9 -الغيث المدرار ج٣ (خ).
10 - الزيادة من (ب) .
11 - الزيادة من (أ) .

أحدهما ثم من صلح لذلك أو نصب على الخلاف وفي بيان ابن مظفر ما لفظه " مسألة والوصي أولى بالتصرف على اليتيم في ماله من جده" [١].

[و] [٢] قيل ع: وكذا وصي الوصي ما تدارجوا، وقيل [الجد أولى من وصي الوصي، وقال ش: أن الجد أولى من الوصي، وقال الإمام ح لا ولاية للجد قط، وقال ش] [٣][بل] [٤] الجد أولى من وصي الأب إذ ولايته أصلية لا الوصي [٥].

قلنا: إنما تثبت ولايته بعد الأب إجماعاً ووصي الأب قائم مقامه كوكيله فهو أولى من الجد، وأما وصي وصي الأب فالجد أولى منه لبعده، وكذا وصي الجد أولى من وصي وصي الأب لذلك اتفاقاً في هاتين الصورتين.

قوله عليلم: " **وَالْقَوْلُ لَهُ فِي مَصْلَحَةِ تصرف** " [هذا] [٦] مذهب العترة والفريقين أنه يصح بيع الأب مال طفله لمصلحته لأجل الولاية الثابتة له.

وقال أبو يوسف ومحمد: لا ولاية له على المال بل الإمام أو الحاكم إذ هو كغيره من الأقارب في التهمة.

قلنا: لا نسلم إذ للأب من الحنو ما يستدعي تحري المصلحة أبلغ من الحاكم واختلف فيما إذا ظهر عدم المصلحة فعند العترة وش وأصحابه [أنه] [٧] لا ينفذ بيعه إذ علة ولايته تحري المصلحة وقد ظهر عدمها .

وقال أبو حنيفة: بل ينفذ مطلقاً ما لم يعين فاحشاً إذ ولايته من جهة الله تعالى.

قلنا: إنما يثبت لتحريه المصلحة، وقد بطل ذكر معنى ذلك جميعه في البحر [٨].

وقول المؤلف عليلم: "في مصلحة تصرفٍ" أراد بالتصرف المعاوضات لا التبرعات وذلك معلوم من[٩] مواضعه، ومذهب العترة أن القول للولي في مصلحة الشراء.

---

1 - **لم أعثر على نفس اللفظ وإنما بنحوه- البيان لابن مظفر(ج٣/٤٧٠).**
2 - **الزيادة من (ب) .**
3 - **الزيادة من (أ) .**
4 - **الزيادة من (ب) .**
5 - **شرح الأزهار - (٤ / ٥٠٩).و روضة الطالبين (٦ / ٣١٥) إلا أن مذهب الشافعي فيه شيء من التفصيل فمذهبه أنه لا يجوز للأب نصب الوصي في حياة الجد على الصحيح لأن ولايته ثابتة شرعا كولاية التزويج ، هذا في أمر الأطفال فأما في قضاء الديون والوصايا فله ذلك ويكون الوصي أولى من الجد ولو لم ينصب وصيا فأبوه أولى بقضاء الدين وأمر الأطفال والحاكم أولى بتنفيذ الوصايا كذا نقله البغوي وغيره ".**
6 - **الزيادة من (أ) .**
7 - **الزيادة من (ب) .**
8 - **البحر الزخار (٨ / ٤٠)و المبسوط(٤ / ١٠٥) تحفة المحتاج في شرح المنهاج (٢٠ / ٣٩٣).**
9 - **في (ب)"في" .**

وقال ح وش: بل القول للصغير إذا بلغ إذ الأصل عدمها.

لنا: هم أمناء فالقول قولهم [١] في ذلك [٢].

قال الهادي عليلم: فأما البيع فالقول للصغير إذ الظاهر فيه عدم الصلاح، وقال م بالله والإمام ح: بل القول لهم إذ هم أمناء كما مر [٣].

وقال أبو طالب: القول للأب فقط لظهور حنوه [٤].

قال في البحر:قُلْت: الصَّحِيحُ لِلْمَذْهَبِ أَنَّ الْقَوْلَ لَهُمْ فِي بَيْعِ الْمَنْقُولِ لَا غَيْرَ، إذْ الظَّاهِرُ عَدَمُ الْمَصْلَحَةِ فِي [بَيْعِ] [٥] غَيْرِهِ، فَيَكُونُ كَظُهُورِ التَّفْرِيطِ [٦].

وعلى قولنا أن القول للأولياء في مصلحة الشراء وبيع المنقول لا يجب على البايع أن يبحث هل للصبي مصلحة في [الشراء أولا][٧] إذ كان الشراء ينفذ أو ما يجري مجراه وكذا لا يجب عل مشتري المنقول من وليه أن يبحث عن ذلك إذ الظاهر المصلحة في الصورتين كما مر ما لم يغلب في[٨] الظن عدم المصلحة [للصبي فإن غلب على الظن عدم المصلحة][٩] وجب البحث حينئذ .

قال في الغيث: **واعلم** أنه لا يجوز للولي أن يبيع شيئاً من مال الصبي إلا لحظ له أو الحاجة من دين أو وصية أو نفقة أو خشية[١٠/] فساد أو بطلان نفعٍ أو حقارته ليشتري أنفع منه أو يبيع شقصاً ليشتري خالصاً أنفع منه فيبيع أولا سريع الفساد ثم ساير المنقولات ثم العقار فإن باع الصبي بعد بلوغه فالقول قول الولي فيما ذكرناه إلا في بيع العقار فالقول قول الصبي ويبين الولي بالمصلحة في ذلك انتهى [١١].

فـــــرع: وإذا بلغ الصبي فأنكر البيع فالبينة على المشتري واليمين على الصبي ما يعلم وإن أقر بالبيع وأنكر كونه لحاجة أو مصلحة فالبينة على المشتري وإلا حلف الصبي[١٢] ما

---

1 - في (ب)"لهم" .
2 - البحر الزخار (٨ / ٤٢).
3 - البحر الزخار (٨ / ٤٣).
4 -المرجع السابق.
5 - سقط من (أ) .
6 -البحر الزخار (٨ / ٤٣).
7 - في (أ)"الشرا ولا" .
8 - في (ب)"على" .
9 - في (ب)"ال" .
10 - نهاية ورقة ١٨٥ من (ب).
11 -الغيث المدرار ج٣ (خ).
12 - في (ب)"الصغير".

يعلم الحاجة ولا المصلحة على المذهب، ويلزم المشتري حينئذ رد المبيع للصغير ولو تعذر عليه الرجوع بالثمن .

قيل ف: وكذا يكون فيما باعه ولاة المساجد والأوقاف [١]، وقد سبق ذكر الخلاف في ذلك.

قوله عليلم " **ونحو تسليم غالباً** " أي وكذا يكون القول قول الولي في نحو تسليم مال الصبي إليه بعد تقدم. [وأراد بنحو التسليم الإنفاق عليه وإذا ادعى أنه سلم ماله إليه بعد[٢/] بلوغه] [٣] أو [٤] أنه انعقد عليه قبل بلوغه كان القول له فيهما وإن ادعى الصبي خلاف ذلك فعليه البينة قيل لا خلاف أنه يقبل قول الولي في الإنفاق.

وأما التسليم فالمذهب أن القول قول الولي في أنه قد سلم إلى الصبي ماله بعد بلوغه إذ هو أمين كما تقدم .

وقال [ك وش] [٥]: بل عليه البينة بذلك [٦].

وقوله في الأثمار "غالباً" احتراز من بعض صور التصرف وبعض صور الإنفاق والتسليم فإنه لا يكون القول للولي فيها أما التصرف فيحترز من بيع غير المنقول فإنه لا يكون القول قول الولي في أنه باعه لمصلحة الصبي بل عليه البينة بذلك إذ الظاهر فيه عدم المصلحة على ما تقدم ذكره من التفصيل والخلاف .

وإنما عدل المؤلف عليلم عن قوله في الأزهار"وَالْقَوْلُ لَهُ فِي مَصْلَحَةِ الشِّرَاءِ وبَيْعِ سَرِيعُ الْفَسَادِ والْمَنْقُولِ"[٧] إلى قوله "في مصلحة تصرف غالباً" لأن سريع الفساد إنما يكون من المنقول فإذا كان القول له في المنقول غير سريع الفساد فبالأولى سريع الفساد، ولإفادة العموم ليدخل في قوله" تصرف الإجارة ونحوها" مع إفادة الاختصار، وأما الذي احترز عنه بقوله "غالباً" من صور الإنفاق، فذلك نحو أن يدعي الولي أنه أنفق على الصبي ماله في مدة يعلم، أو يظن أن الصبي لا يستغرقه فيها، فإن القول يكون للصبي في [إنكار] [٨] ذلك والبينة على الولي إذ هو مدعٍ لخلاف الظاهر، وأما في التسليم فاحترز [به ما] [٩] إذا كان

---

1 -البيان لابن مظفر (٤٧٢/٢).
2 - نهاية ورقة ١٧٨ من (أ).
3 - الزيادة من (أ) .
4 - في (ب)"و" .
5 - في (ب)" الشافعي ومالك "بدل ما بين المعقوفتين.
6 - شرح الأزهار - (٣ / ١٨). و التنبيه في الفقه الشافعي - (١ / ٩٦) .
7 - الأزهار - (١ / ٩٠).
8 - سقط من (ب) .
9 - في (ب) "مما" بدل ما بين المعقوفتين.

الوصي بأجرة فادعى التسليم وأنكره الصبي فإنه يكون القول للصبي في ذلك والبينة على الولي إذ هو أجير مشترك هنا والاحتراز من هاتين الصورتين في هذا الموضع من زوائد الأثمار .

فــــرع: وإن[1] ادعى الولي أنه أنفق على الصبي من مال نفسه بنية القرض في حال صغره فإن كانت دعواه لذلك قبل بلوغ الصبي فالقول له في ذلك لأنه يصح منه فعله في الحال فيصح منه دعواه وإن كانت دعواه لذلك بعد بلوغ الصبي فالبينة عليه إذ لا يصح منه فعل ذلك في الحال فلا يصح منه دعواه، وحيث يكون القول للولي فذلك مع يمينه في جميع الصور وكذلك الصبي لكن يكون يمينه على العلم في دعوى الولي الإنفاق عليه من مال نفسه في صغره والله أعلم .

تنبيـــــهٌ: قد تقدم أن الجد كالأب عند عدمه فيما يتعلق بالصبي وهو كذلك إلا في أمور مخصوصة، وهي أنه لا يكون الصبي مسلماً بإسلامه ولا غنياً بغناه، ولا يصح إقرار الجد به ولا يجر ولاءه إلا إذا كان الأب حراً أصلاً لا حيث كان عتيقاً أو مملوكاً و[أنه لا تلزمه][2] نفقته حيث هو غني وأنه إذا زوج بنت ابنه الصغيرة كان لها الخيار إذا بلغت على الخلاف.

وقوله عليلم: " **لا وارث مستغرق فيه إلا القضاء** " هذا عطف بالنفي على قوله ويجوز [معاملة نحو] [3] ظالم أي لا معاملة وارث ميت مستغرق ماله بالدين فلا يجوز في قدر الدين من ماله وأما ما[4] زاد على الدين فيجوز معاملته فيه وقوله إلا لقضاء [معناه] [5] إلا إن يبيع الوارث تركة الميت لقضاء دينه فإن البيع يجوز ويصح كما يفيده المفهوم .

وحيث باع لا للقضاء يعصي بالإقدام على ذلك هو والمشتري ويكون الشراء موقوفاً على تخليص الدين كما أفاده [المؤلف] [6] عليلم بقوله "**وينفذ بالإيفاء أو الإبراء**" فمتى أوفى [الوارث] [7] الغرماء دينهم أو أبرؤا منه نفذ الشراء وإلا لزم المشتري رده فإن تمرد فالحاكم وهذه المسألة مبنية على أن الوارث ليس بخليفة للميت يعني أنه لا ينتقل دين الميت إلى ذمته ولا يملك التركة إلا إذا[8] قضى الدين

---

1 - في (ب)"فإن".
2 - في(ب) " أنها تلزمه ".
3 - في(ب) " نحو معاملة" بدل ما بين المعقوفتين.
4 - في(ب) " فيما".
5 - الزيادة من(ب) .
6 - الزيادة من(أ) .
7 - الزيادة من(أ) .
8 - في(ب)"إن".

أو[1]أبرى منه كما هو مذهب [القاسم والهادي][2] وأحد قولي م بالله، وذهب بعض الحنفية والشافعية إلى أن الوارث خليفة الميت ينتقل الدين إلى ذمته وتكون[3] التركة ملكاً له وهو احد قولي م بالله [4].

فعلى قولهم إذا باع الوارث تركة الميت لا للقضاء صح بيعه ونفذ وللغرماء مطالبته ولا سبيل لهم إلى المبيع وعلى القول بذلك.كون تصرفه كتصرف الغاصب وكذلك المشتري لتعلق حق الغرماء بالتركة إذا امتنع المشتري من رد المبيع لم يكن لأحد أن ينتزعه منه إلا بحكم حاكم ولا فرق في هذه الصورة بين أن يقبضه المشتري أم لا لأن الفساد مختلف فيه فلو كان مجمعاً عليه لم يحتج إلى حكم قبل القبض .

قيل ي: ولكون الفساد مختلفاً فيه يصح من المشتري فيه كل تصرف كما في الصحيح ولو كان مذهبه عدم الجواز ولو كان عالماً بذلك.

وقال أبو مضر: لا يصح تصرفه فيه مع العلم.

[قال] [5]علي خليل: أن التركة إذا زادت على الدين كان الوارث خليفة في جميعها وإن نقصت أو ساوت لم يكن خليفة[6] ،ولا خلاف في أن الوارث لا يكون خليفة حيث لا تركة ولا فيما زاد من الدين على التركة، ولا خلاف في أنه يكون خليفة حيث لا دين وكذا في الزايد من التركة على الدين، فلو تصرف في قدر الزايد منها على الدين ثم في الباقي نفذ في الزايد لا في الباقي، وأما إذا استوت التركة والدين ففي ذلك الثلاثة الأقوال المتقدمة وعلى القول بأن الوارث [7/] لا يكو ن خليفة حيث التركة مستغرقة بالدين فقد اختلف في كون الورثة لهم فيها ملك ضعيف أم لا ؟

ظاهر قول م بالله وهو المصحح للمذهب أن لهم فيها ملكا ضعيفاً، فيكون تصرفهم فيها موقوفاً ينفذ بالإيفاء أو الإبراء.

وقال ض زيد: ليس لهم فيها ملك قوي ولا ضعيف فلا ينفذ تصرفهم فيها، ولو سلموا الدين وللم بالله كلام يفهم منه هذا وأستدل أهل المذهب على أن الوارث ليس بخليفة للميت

---

1 - في(ب)"إذا".
2 - في(ب)"الهادي والقاسم" بدل ما بين المعقوفتين.
3 - في(ب)"فتكون" .
4 - الغيث المدرار ج٣ (خ). و شرح الأزهار (٣ / ١٩). و الاختيار لتعليل المختار(٥ / ٩٣). و الحاوي الكبير (٣ / ٧٩٩).
5 - في (ب) "وعلى قول"بدل ما بين المعقوفتين.
6 -الغيث المدرار ج٣(خ).
7 - نهاية ورقة ١٨٦ من (ب).

المستغرق بقوله تعالى:﴿ مِّن بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ ﴾[1] فشرط في انتقال الملك تقديم الدين والوصية واستدلوا على أن للورثة في التركة مع الاستغراق ملكا ضعيفاً فيجوز الشراء منهم ويكون موقوفاً كما مر بقوله صلى الله عليه وآله " أنا أَوْلَى بِكُلِّ مُؤْمِنٍ من نَفْسِهِ من تَرَكَ مَالًا فَلِأَهْلِهِ وَمَنْ تَرَكَ دَيْنًا أو ضَيَاعًا فَإِلَيَّ وَعَلَيَّ "[2] هذا طرف من حديث أخرجه مسلم وله شواهد، وقد احتج به من يقول[3/] أن الوارث خليفة مع الاستغراق قالوا لأنه أتى بلام الملك في قوله فلأهله [4].

وأجيب عليهم بأنه مطلق فيحمل على المقيد وهو قوله تعالى :﴿ مِّن بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ ﴾[5] واستدل للمذهب أيضاً على أن للوارث ملكاً ضعيفاً بثبوت الأولوية حيث باع الوصي أو الحاكم أو منصوبهما[6] مال الميت لقضاء دينه أو تنفيذ وصاياه فإنه يكون للوارث أن يأخذه بغير لفظ بل بحق الأولوية ويدفع قيمته لقضاء الدين ونحوه ولو دفع فيه أكثر من قيمته لم يلزمه الزايد عليها إلا إذا كان الدين أكثر من التركة .

فــــرع: فإن كان الورثة جماعة أخذوه على قدر حصصهم فلو ترك بعضهم حصته كان الآخر مخيراً بين أخذ الكل أو قدر حصته، وقيل ح: لا يأخذ إلا قدر حصته [7].

فــــرع: وحق الورثة هذا على التراخي ما لم يأذنوا بالبيع قبل وقوعه أو يرضوا به بعد وقوعه فيبطل حقهم منه وإذا كان الوارث صغيراً أو كان فيهم صغير فله الطلب بعد بلوغه إذا كان له مال ومصلحة وقت البيع وعليه البينة بذلك إن أنكره المشتري [8].

---

1 - النساء:١٢.
2 - أخرجه مسلم في صحيحه - كِتَاب الْجُمُعَةِ -باب تَخْفِيفِ الصَّلَاةِ وَالْخُطْبَةِ -رقم ٨٦٧ (ج٢/ص٥٩٢).
3 - نهاية ورقة ١٧٩ من (أ).
4 - البحر الزخار (٨ / ٤٦).
5 - النساء:١٢.
6 - في (ب) "أو منصوبه" .
7 - البيان لابن مظفر (٤٧٣/٢).
8 - المرجع السابق.

"فصــــــل "

والبيع جَائِزٌ ولَوْ إلى مُسْتَعْمِلٍ في حرام أَوْ وَاجِبٍ غَالِبًا "أي [و] [1]يجوز عقد البيع في كل شيء يحل الانتفاع به، ولو صار المبيع أو الثمن إلى من يستعمله في محظور أو واجب مثال الأول أن يبيع العنب أو نحوه إلى من يتخذ خمراً أو الخشب أو نحوه إلى من يتخذه آلة لهو فإن ذلك يصح ويجوز على ظاهر قول الهادي عليلم ولو علم أنّ المشتري لها يستعملها في المحظور لأنه هو العاصي بذلك لكن ذلك مكروه لشبهه بالإعانة على المعصية وإن لم يكن إغاثة حقيقية إذ الإعانة لا تكون إلا مع القصد فإن قصد الإعانة حرم ذلك إجماعاً وعلى هذا حمل م بالله إطلاق الهادي عليه السلام .

وأما ما [لا][2] يستعمل إلا في محظور كالمزامير والطنابير[3]ونحوها من آلات اللهو التي لا توضع إلا له فلا يجوز بيعها ولا شراؤها إجماعا.

ومثال الثاني: بيع المصاحف وكتب الهداية فإن بيعها يصح إن كانت المنفعة الحاصلة للمشتري من شرائها واجبة، نص على ذلك [الهادي والقاسم عليهما السلام][4]، وهو قول أكثر العلماء [5].

وعن ابن شبرمة: لا يصح بيع المصاحف ولا أخذ الأجرة على كتابتها شرطاً ويجوز تبرعاً [6]، ولا وجه لما ذكره، وعلى القول بصحة بيعها فإنما يتناول العقد الجلد والكاغد[7] دون المداد إذ هو مستهلك ودون الألفاظ المكتوبة ومعانيها إذ هي أعراض لكن الكتابة صفة مقصودة فيرد المصحف ونحوه بما وجد فيها من الغلط والتصحيف إذا كان زايداً على المعتاد تنقص به القيمة.

وقوله :"غالباً" احتراز من بيع السلاح والكراع[8] من الكفار أو البغاة إذا كانوا يستعينون به على حرب المسلمين فإن ذلك لا يجوز إذ فيه إعانة لهم إلا أن يباع منهم بأفضل منه فيجوز وهذا ظاهر قول الهادي عليلم .

---

1 - الزيادة من (ب) .
2 - الزيادة من (ب) .
3 - ذات أوتار تضرب. لسان العرب - (٢ / ٢٦٦).
4 - في (ب) "القاسم والهادي عليلم "بدل ما بين المعقوفتين.
5 - المدونة - (١٠ / ٣٤٢) و المجموع - (٩ / ٢٥٢)والبحر الزخار (٨ / ١٢١).
6 - المرجع السابق.
7 -أي القِرْطاس. القاموس المحيط (١ / ٧٢٩).
8 -الكُرَاعَ من الإنسان ما دون الرُّكْبة إلى الكَعْب ومن الدوابِّ ما دون الكَعْب والجميع أَكْرُعٌ وأَكارِعُ جمع الجمع وقد يكسر على كِرْعانٍ والكُرَاع من البَقَر والغَنَم بمنزلة الوَظِيف من الخَيْل والبِغَال والحَمِير والإبل. المخصص ــ لابن سيده (١ / ١٧٣). والمقصود بالكراع في هذا الموطن الخيل.

وعن الأخوين وغيرهما: أنه إن قصد نفع نفسه فقط جاز البيع مع الكراهة لشبهه بالإعانة لهم كما مر، وإن قصد بذلك نفعهم حرم، ولم يصح البيع عند م بالله ، وعند ط يصح مع الإثم ، ولا يجوز بيع الأمة المسلمة من [الكافر اتفاقاً] [١] [٢].

وأما العبد المسلم فقال الناصر وم بالله: لا يجوز أيضاً لقوله تعالى:(وَلَن يَجْعَلَ اللّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً) "[٣] [٤].

وقال ع وط وص بالله: يصح ثم يؤمر ببيعه فإن تمرد باعه الحاكم كما يصح أن يرثه ثم يؤمر ببيعه وصورة ذلك أن يسلم عبد الذمي ثم يموت سيده فإنه يرثه وارث الذمي ويؤمر ببيعه. [٥] فاحترز [٦] [أيضاً] [٧] بقوله غالباً من بيع المصاحف وكتب الهداية من الكفار فإنه لا يجوز، ومن أن يقصد ببيع المصحف ونحوه الألفاظ المكتوبة ومعانيها فإن ذلك لا يصح إذ هي أعراض كما تقدم تحقيقه وإنما عدل عن قوله في الأزهار " وبَيْعَ كُلِّ ذِي نَفْعٍ حَلَالٌ جَائِزٌ"[٨] لإيهامها بالمفهوم إنما لا نفع فيه يحرم بيعه وشراؤه وليس كذلك بل يجوز ذلك وإن لم يصح .

قوله عليلم: "**وصحيح و لو مِنْ ذِي الْيَدِ وَلَا تَكُونُ قَبْضًا خلاف م بالله غَالِبًا فيهما** "أي والبيع المذكور صحيح، ولو باع المالك ملكه ممن هو في يده كالمستعير والوديع والمستأجر والمرتهن والغاصب، فيصح أن يشتري كل واحد منهم ما تحت يده، ولا تكون يده المتقدمة على البيع قبضاً للمبيع بل لا بد في[٩] صحة القبض من تحت يده بعد البيع، وذلك بالنقل فيما ينقل، وبالتصرف في غيره [و] [١٠]أما العارية والوديعة فلا خلاف في أنه يجوز للمالك بيعهما من ذي اليد وغيره، وأما المؤجر والمرهون فسيأتي الكلام فيهما .

وأما المغصوب وفي حكمه الآبق والمسروق فعند ط وأحد قولي م بالله وض زيد يصح البيع في الثلاثة، ويكون موقوفا على التسليم، ويثبت فيها خيار تعذر التسليم كما سيأتي، وعلى أحد قولي م بالله لا يصح البيع في أنهما لتعذر التسليم، وهذا[/١١] حيث يقع

---

1 - في (ب) " الكافر وفاقاً "بدل ما بين المعقوفتين.
2 - شرح الأزهار - (٣ / ٢٠).
3 - النساء:١٤١.
4 - البحر الزخار (٨ / ٣٦).
5 -المرجع السابق.
6 - في (ب) " واحترز ".
7 - الزيادة من (ب) .
8 -الأزهار - (١ / ٩١).
9 - في (ب) " من ".
10 - الزيادة من (ب) .
11 - نهاية ورقة ١٨٧ من (ب).

المغصوب والمسروق من غير الغاصب والسارق، وأما حيث بيع منهما فلا خلاف في صحة البيع.

وقوله:"غالباً فيهما" معناه في الطرفين وهما كون اليد لا تكون قبضاً فاحترز به من المضمون الذي حصل في يد ذي اليد بإذن مالكه كالرهن والمستأجر والمستعار المضمونين فإن ثبوت اليد عليهما كاف في صحة القبض فلا يحتاج فيها إلى تحديد قبض بعد القبض[1].

قيل ع: بلا خلاف، وأما الطرف الثاني وهو خلاف م بالله فاحترز به من المغصوب حيث بيع من الغاصب، وكذا المسروق من السارق فإن م بالله يوافق في أنّ اليد فيهما لا يكون قبضاً بل لا بد فيهما من تجديد القبض بعد العقد، وإنما يخالف فيما هو أمانة كالوديعة والمستأجرة والمستعارة[2] غير المضمونين، فعنده أنه لا يحتاج فيهما إلى تجديد قبض لأنّ يد الوديع والمستأجر والمستعير يد المالك إلى وقت البيع، والمذهب[3/] أنه لا بد فيها[4] من تجديد القبض ولا تكفي [التخلية فيها] [5]، نص عليه الهادي عليلم .

ذكر معنى ذلك في الغيث، قال: "وفائدة الخلاف في ذلك إذا تلف يعني المبيع قبل تجديد القبض، فمن قال أنّ اليد كافيه بقول يتلف من مال المشتري، ومن قال لا يكفي قال بتلف من مال البايع انتهى [6].

قيل: وقول ش في ذلك كقول الهادي [عليلم] [7]، وقول ح كقول م بالله.

وعن الإمام ح أنّ م بالله وح يقولان: بأن اليد قبض في جميع ما ذكر، وقوى المؤلف عليلم كلام م بالله، ويكون[8] محل الخلاف فيما هو أمانة كما حكاه أبو مضر، والفقيه ع[9].

---

1 - في (ب) " العقد ".
2 - في (ب) " المعارة ".
3 - نهاية ورقة ١٨٠ من (أ).
4 - في (ب) " فيهما ".
5 - في (ب) " التخلية فيها "بدل ما بين المعقوفتين.
6 -الغيث المدرار ج٣(خ).
7 - الزيادة من (ب) .
8 - في (أ) " وكون ".
9 - الغيث المدرار (خ).

وقول المؤلف[عليلم][1]: وصحيح عطف على قوله جائز في أول الفصل، ولم يكتف بقوله " ومِنْ ذِي الْيَدِ " كما في الأزهار لأن المقصود هنا بيان الصحة لا الجواز، وعبارة الأزهار لا تفيد ذلك صريحاً [2].

قوله عليلم: " **ومُؤَجَّرٍ وَلَا تَنْفَسِخُ غَالِبًا** " أي ولو كان المبيع مؤجراً فإن بيعه يصح من المستأجر وغيره ولا تنفسخ الإجارة بالبيع بل يستوفي المستأجر مدته[3] ثم يسلمه للمشتري وقوله غالباً احتراز من ثلاث صور أحدها أن يبيعه المالك لعذر، نحو أن يحتاج إلى نفقة له أو لمن تلزمه نفقته أو لقضاء دين عليه لا يجد قضاة من غيره.

الصورة الثانية: أن يبيعه من المستأجر ولو لغير عذر.

الصورة الثالثة: أن يبيعه من غير المستأجر بإذنه أو لم يجز[4] المستأجر بيعه فإن البيع ينفذ وتنفسخ الإجارة بالبيع في هذه الثلاث الصور، ووجه انفساخه في الصورة الثالثة أن بيعه فسخ من جهة الملك، وإجازة المستأجر [له] [5]أو إذنه تكميل للفسخ فأما لو باعه واستثنى منافعه مدة الإجارة فإنها لا تنفسخ في جميع الصور، وعند ش: أن الإجارة لا تنفسخ بالبيع ولو كان لضرورة وعلى هذا يحتاج في الفسخ إلى الحكم أو[6] التراضي لأجل الخلاف [7].

وقال ح: إذا بيع المؤجر كان للمستأجر أن يفسخ البيع [8].

فــــرع: وإذا علم المشتري كون المبيع مؤجراً فلا خيار له إن علم مُدة الإجارة، وقدرا لأجرة وإن جهلهما أو المدة خير، وإن جهل قدر الأجرة فقط جاء الخلاف في إجارة البيع من غير العلم بالثمن فعلى قول م بالله لا خيار له، وعلى قول ص بالله له الخيار [9].

وقيـــل[هب]: إن كان في الأجرة غبن أو كانت من غير النقدين فله الخيار وإلا فلا، وإن جهل كون المبيع مؤجراً فله الخيار اتفاقاً إذ الإجارة عيب .

---

1 - في (ب) " فيهما ".
2 - الأزهار - (١ / ٩١).
3 - في (ب) " لمدته ".
4 - في (ب) " ثم يجيز".
5 - الزيادة من (أ) .
6 - في (ب) " و ".
7 - أسنى المطالب في شرح روض الطالب - (٢ / ٤٣٥).
8 - البحر الرائق - (٨ / ٢٩٩)و رد المحتار - (٢٧ / ٤٠٦)بنحوه.
9 - شرح الأزهار - (٣ / ٢٢).

قوله عليلم:" **والْأُجْرَةَ لِلْمُشْتَرِي مِنْ الْعَقْدِ** " يعني أن المؤجر إذا بيع ولم تنفسخ الإجارة به على ما تقدم، فإن الأجرة تكون للمشتري من وقت العقد، لأنه قد ملك الرقبة والمنفعة، والأجرة التي يستحقها المشتري هي المسمى[١] [في الإجارة الصحيحة] [٢]وسواء كان المشتري قد قبض المبيع أم لا، وسواء كان البايع قد قبض الأجرة أم لا، فيجب عليه أن يرد حصة ما بعد البيع للمشتري على ظاهر كلام م بالله، وهو المرجح للمذهب .

قيل: لكن يكون ولاية قبضها إلى البايع لأن الحقوق تعلق به.

وقال في الوافي: إذا كان البايع قد قبضها لم يجب عليه ردها للمشتري لأنه قبض ما يملكه ومثله للفقيه ح، وكذا يأتي على قول الوافي إذا لم يكن المشتري قد قبض المبيع فإن الأجرة تكون للبايع كما لو سكن الدار قبل تسليمها [٣].

فـــــرع: وحكم الشفيع في جميع ما ذكر [حكم] [٤] المشتري والله أعلم.

قوله عليلم: "**ومَجْهُولِ عَيْنٍ مُخَيَّرًا فِيهِ [مُدَّةً]** [٥] **مَعْلُومَةً** " وصورة ذلك أن يقول اشتريت مني شاة من غنمي هذه أو ثوباً من ثيابي هذه أو داراً من دوري هذه على أن لك أن تختار أيها شئت في ثلاثة أيام أو نحو ذلك، فإن البيع يصح عندنا في هذه الصور[٦] ونحوها على ما حكاه الوافي عن ع، وقال ش: لا يصح [٧].

قال الأزرقي[٨]: وهو الأولى على المذهب، وأما إذا لم يشرط الخيار لأحدهما مدة معلومة فإن البيع يكون فاسداً إجماعاً [٩].

قوله عليلم: " **ويكلف التعيين بعد المدة** " يعني أن له أن يعين في المدة أي الغنم أوالثياب ونحوها، فإن مضت المدة ولم يعين شيئاً كلفه الحاكم أن يعين فإن امتنع حبسه حتى يعين وإن مات كلف وارثه أن يعين المبيع لأن التعيين يورث كما سيأتي .

قوله عليلم: " **ومِيرَاثاً عُلِمَ جِنْسًا ونَصِيبًا**" معناه والبيع صحيح أيضاً ولو كان ميراثاً قبل قبضه ومشاهدته وقبل العلم بتفاصيله إذا علم جنساً ونصيباً .

---

1 - في (ب) " المسماة".
2 - الزيادة من (أ) .
3 - الوافي على مذهب الهادي (خ).
4 - سقط من (ب).
5 - سقط من المخطوط .
6 - في (ب) " الصورة ".
7 - الوافي على مذهب الهادي (خ).و الحاوي الكبير ـ الماوردي - (٥ / ٤٢٠).
8 - في (ب) " الأوزاعي ".
9 - شرح الأزهار - (٣ / ٢٣).

مثال ذلك: أن يعلم أن للبايع ثلث التركة مثلاً، وللميت غنم وبقر، فيقول البايع لغيره بعت منك نصيبي من الغنم بكذا أو[١] البقر أو نحو ذلك[٢/]، فإن هذا البيع يصح ولو لم يعلما أو أحدهما كمية الغنم أو البقر في الحال .

قيل: وكذا غير الميراث من أي مشترك، فإنه يصح بيعه كالميراث.

قيل: ويلزم على ذلك أن[٣] يصح أن يبيع الإنسان جميع ما يملك من الغنم أو من البقر أو من الأرض أو غير ذلك، وإن كان المتبايعان لا يعلمان أقليل هو أم كثير، ويلزم أن يصح بيع الجزاف وإن كان المبيع[٤] غير مشاهد ولكن قد ذكر في التقرير في بيع الجزاف أنه لا بد أن يكون مشاهداً وإلا لم يصح، وقواه الفقيه ف للمذهب وهو اختيار المؤلف عليلم كما سيأتي[٥].

قيل: فينظر في الفرق بين الميراث وبين صورة الجزاف، وقد نقل عن المؤلف [عليلم][٦] ما معناه أن[٧] وجه الفرق أن في ذكر النصيب تقليلاً للجهالة فيصير المبيع بذكره كالمتعين ويقوم ذكر النصيب مقام ذكر القدر .

قال في الغيث: فأما إذا لم يعلم الجنس ولا النصيب نحو [أن يعلم][٨] أن الميت خلّف مائة شيء ولم[٩] يعلم ما تلك الأشياء [هل ثياب أو غيرها ولا علم كم نصيبه في الميراث، أو فهل الجنس نحو أن يعلم أن نصيبه نصف تلك الأشياء] [١٠] أو نحو ذلك أو جهل النصيب وعلم الجنس نحو أن يعلم أن التركة مائة شاة ولا يعلم كم ولا يعلم كم نصيبه فيها فإن البيع في هذه الصورة كلها لا تصح إجماعاً ولا خلاف في أنه إذا علم النصيب والجنس والقدر أن البيع يصح نحو أن يقول بعت منك نصيبي مما ورثته من الغنم وهو ثلثها وهي عشر، ثم قال: واختلفوا في صورتين:

إحداهما: أن يذكر حاصر نحو أن يقول بعت منك جميع ما ورثته من فلان فظاهر قول م بالله أنه يصح.

---

1 - في (ب) " ومن ".
2 - نهاية ورقة ١٨٨ من (ب).
3 - في (ب) " أنه".
4 - في (ب) " البيع".
5 - التقرير في شرح التحرير (خ).
6 - الزيادة من (أ) .
7 - في (ب) " فإنه ".
8 - الزيادة من (أ) .
9 - في (أ) " ولا ".
10 - الزيادة من (أ) .

قيل ع: هو أحد قوليه ويخرجه، ورواية عن الهادي عليلم وقال م بالله في قوله الآخر و ع و ط أن ذلك لا يصح وهو المصحح للمذهب .

[الصورة] (١) الثانية: أن يذكر مع الحصر جنساً نحو أن يقول بعت منك جميع ما ورثته من فلان من الغنم أو نحو ذلك[٢/] ولم يذكر النصيب فهذه تصح عند م بالله قولاً واحداً خلافاً لظاهر قول ع وط هذا ما حكاه الفقيه ع وغيره .

نعـــــم: وقد اعتمد في الأزهار قول ع [وقول] (٣) ط أنه لا يصح إلا مع ذكر الجنس والنصيب والحجة أن الجهالة مع ذكر الجنس والنصيب قد ارتفعت فصح البيع انتهى(٤).

وظاهر كلام ع و ط: أنه لا فرق بين أن يكون جهالة النصيب المبيع لجهل(٥) الورثة أو لجهالة التوريث والحساب في أن البيع لا يصح والذي في التذكرة أن جهل النصيب إذا كان لسبب جهل كيفية التوريث صح البيع (٦).

قيل: ومثله في التقرير (٧)، والوجه أنه يعرف من بعد.

وعن بيان السحامي(٨): أنه إذا كان يمكنه معرفة نصيبه إذا تأمله أو سأل عنه صح وإن كان لا يعرفه إلا بتدقيق حساب لم يصح [حتى يعرفه وهذا كله على قول الهادوية وأما على قول م بالله فيصح البيع مع الحصر] (٩)كما تقدم ويكون للمشتري خيار معرفة قدر المبيع والله أعلم (١٠).

قوله عليلم: " **ونَصِيباً مِنْ زَرْعٍ قَدْ أُحْصِدَ غالباً** " هذا عطف على ما تقدم معناه والبيع صحيح أيضاً ولو كان المبيع نصيباً من زرع قد أحصد أي قد حان حصاده وسواء كان البيع من الشريك فيه أم من غيره.

وقوله:"غالباً" احتراز من العكس إذا المعنى وإن لم يكن قد أحصد لم يصح بيعه إلا فيما استثناه بقوله غالباً وذلك حيث يبيع نصيبه في الزرع من شريكه فيه فإن ذلك يصح لأنه قد

---

1 - **الزيادة من (ب) .**
2 - **نهاية ورقة ١٨١ من (أ).**
3 - **الزيادة من (ب) .**
4 - **الغيث المدرار ج٣ (خ).**
5 - **في (ب)"لجهالة".**
6 - **التذكرة الفاخرة (ص٣٣٢).**
7 - **التقرير في شرح التحرير (خ).**
8 - **السحامي هو علي بن ناصر الدين السحامي [... - بعد ٦٧٩هـ]، مؤلف البيان الذي يقال له بيان السحامي، وهو ممن سكن قرية شوحط ، انتهى. طبقات الزيدية الكبرى (٢ / ٢٤٤) ، (٢ / ١٤٦).**
9 - **الزيادة من (أ) .**
10 - **البيان في الفقه المشهور ببيان السحامي .لعلي بن ناصر السحامي من علماء القرن السابع الهجري.(خ).**

رضي بإدخال المضرة على نفسه والحجة على عدم صحة البيع من غير الشريك قبل الاحصاد أنه لا يباع إلا بشرط القطع والقطع لا يكون إلا بعد[١] القسمة والقسمة لا تكون إلا عند الحصاد فلم يصح البيع لئلا تدخل[٢] المضرة على شريكه بذلك .

قيل ف: والمراد أن للشريك فسخ البيع لأنه فاسد من أصله فأما لو لم يكن له شريك في الزرع، وأراد أن يبيع منه نصيباً معلوماً قبل أن يحصد [الزرع] [٣] فإن البيع يصح لأنه رضي بإدخال المضرة على نفسه.

قيل [بيان] [٤]: ويكون لهما الخيار كليهما قبل قسمته لأن فيها ضرراً كما مر[٥].

وحذف المؤلف عليه السلام قوله في الأزهار" قيل [ض زيد] [٦] وكَامِنٍ يَدُلُّ فَرْعُهُ عَلَيْهِ"[٧] لأن المذهب خلافه وهو أن البيع لا يصح مطقاً .

قلت: ولا بأس بالتعرض في الشرح لذلك لما فيه من الفوائد.

قال في الغيث:ما لفظه" قيل : ويصح بيع [كل] [٨] كامنٍ يدل فرعه عليه كالبقل والثوم والجزر [والبصل] [٩] في منابتها وإن لم يقلع للبيع، وإنما قلنا يدل فرعه عليه احترازا من خلاف ذلك كالطعام المبذور ونحوه، مما المقصود فيه فرعه لا أصله، فإن ذلك لا يصح بيعه بحال، فأما نحو الجزر والفجل ونحوهما مما المقصود [فيه] [١٠] فرعه لا أصله، فإن ذلك لا يصح بيعه بحال، فأما[نحو] [١١] الجزر والفجل ونحوهما مما المقصود فيه أصله فإنه يجوز بيعه كما قدمنا[١٢] سواء كان قد ظهرت[١٣] فروعه أم لا إذا كان قد بلغ مدة الانتفاع، وهذا معنى ما صححه القاضي زيد[للمذهب] [١٤]وهو قول أبي يوسف ومحمد، وظاهر المذهب خلاف ذلك ولهذا أشرنا إلى ضعف المسألة بقولنا.

---

1 - في (ب)"عند" .
2 - في (أ)"يدخل" .
3 -الزيادة من(ب) .
4 -الزيادة من(ب) .
5 -بيان السحامي (خ) .
6 -الزيادة من(ب) .
7 -الأزهار - (١ / ٩١).
8 -الزيادة من(ب) .
9 -الزيادة من(ب) .
10 -الزيادة من(ب) .
11 -الزيادة من(أ) .
12-في(ب) "كامناً".
13- في(ب) "ظهر".
14-الزيادة من(أ) .

قيل: وفي المسألة ثلاثة أقوال إطلاقان وتفصيل:

الأول: ظاهر المذهب أنه لا يصح مطلقاً.

الثاني: لأبي حنيفة وأبي يوسف وصححه القاضي زيد أنه يصح مطلقاً والمشتري بالخيار إذا رآه بعد القطع[١] إن شاء أخذه وإن شاء تركه هذا إذا قلعه البايع

و[أما] [٢] إذا قلعه المشتري نظر فإن كان القلع نقصه لزمه البيع وبطل خياره وذلك لأن النقص[٣] يبطل خيار الرؤية.

[وهذا إذا نقص بالتكسير لا بمجرد القلع فلا يبطل خياره ذكره الفقيه ف وإن كان القلع لا ينقصه فله خيار الرؤية] [٤].

القول الثالث: التفصيل وهو قول الناصر ومالك أنه يجوز إذا كان أوراقه قد ظهرت لا إذا لم تظهر انتهى [٥].

قوله عليلم: و**مُلْصَقاً وَإِنْ تَضَرَّرَا وَيُخَيَّرَانِ قَبْلَ الْفَصْلِ**" أي والبيع صحيح ولو كان المبيع ملصقاً بغيره كالفص من الخاتم، والخشبة من السقف، والحجر من البناء ونحو ذلك، ذكره ع على أصل يحيى الهادي عليلم [٦].

وقوله: " وَإِنْ تَضَرَّرَا " يعني الملصق والملصق به [إليه] [٧] فإن ذلك لا يمنع صحة البيع.

وقوله: " وَيُخَيَّرَانِ " إلى آخره معناه أنه يثبت الخيار في ذلك لكل من البايع والمشتري وذلك أن يفصل المبيع وهو خيار تعذر التسليم، وأما بعد فصله فلا خيار لأيهما لإمكان التسليم حينئذ.

وحذف قوله في الأزهار "غالباً "[٨] [٩/]لأنه إنما احترز [به] [١٠]من بيع الصوف من جلد الحيوان وهو حي.

---

1 - في(ب)"القلع".
2 - الزيادة من(ب) .
3 - في(ب)"النقصان".
4 - الزيادة من(أ) .
5 -الغيث المدرار ج٣ (خ). و شرح فتح القدير (٦ / ٣٤٥). و شرح الأزهار - (٣ / ٢٥).
6 - شرح الأزهار - (٣ / ٢٥) .
7 - الزيادة من(ب) .
8 - الأزهار - (١ / ٩١).
9 - نهاية ورقة ١٨٩ من (ب).
10 - الزيادة من(أ) .

ومثل ذلك لا يتناوله قوله "ملصقاً" فلا حاجة إلى الاحتراز منه ثم إن ذلك يفهم مما سيأتي في قوله "ولا جزءٍ غير مشاع من حي".

قوله عليلم: " **وصبرة من [نحو]** [١]**مقدار** " أراد بالمقدار المكيل والموزون وأراد بنحوه [المذروع والمعدود] [٢] والمعنى أنه يصح بيع جملة من أي شيء مما ذكر، وسواء كانت تلك الجملة مستوية الأجزاء أو مختلفة، وإنما جعل المؤلف [عليلم] [٣]العدد والذرع غير تقدير بل نحوه، لأنه لم يكن له تأثير في الربويات بدليل أنهم صححوا بيع ثوب بثوبين ورمانة برمانتين ونحو ذلك، ولو كان تقديراً حقيقةً لما صح إلا مثلاً بمثلٍ كما في المكيل والموزون.

[و] [٤]اعـــــلم: أن لبيع الصبرة[٥] أربع صور وقد بين حكم الصورة الأولى بقوله:" **إما جزافاً حاضره**[٦]**غَيْرَ مُسْتَثْنٍ إلَّا مَشَاعًا أَوْ مُخْتَارًا في معلومة غالباً** " مثال ذلك: أن يكون ثمة جملة من طعام أو ثياب أو رمان أو أرض أو غيرها فيقول البايع بعت منك هذه الجملة بكذا من دون تعيين لقدرها فإن البيع يصح بشرط أن تكون تلك الجملة حاضرةً مشاهدةً أو في [حكم المشاهدة] [٧] كالتي في ظرف حاظر فإن لم تكن مشاهدة ولا في حكمها نحو الحب الذي في مدفنه أو بيته ولا يعلم قدره فإن بيعه لا يصح عند ع وط، و[هذا] [٨]هو المذهب، خلاف م بالله والقاضي زيد وأبي مضر فقالوا يصح إن عرف جنسه لا إن جهل، خلاف أحد قولي م بالله.

وقوله:"غير مستثني" إلى آخره، معناه أنه يشترط لصحة البيع في هذه الصورة أن لا يستثنى البايع شيئاً من الصبرة التي باعها جزافاً فإن استثنى شيئاً منها فسد البيع إلا في صورتين:

إحداهما: أن يستثني منها جزءاً مشاعاً كثلثها[٩] أو ربعها أو نحوهما فإن البيع يصح مع ذلك.

---

1 - الزيادة من(أ) .
2 - في(ب)" المعدود والمذروع " .
3 - الزيادة من(أ) .
4 - الزيادة من(ب) .
5 -هي الكومة المجموعة. (القاموس الفقهي - (١ / ٢٠٧).
6 -في(ب)" حاضراً " .
7 - في(ب)" حكمها لمشاهدة " بدل ما بين المعقوفتين.
8 - الزيادة من(أ) .
9 - في(ب)" نحو ثلثها " .

الثانية: أن يستثني منها قدراً معلوماً على أن يختاره في مدة معلومة نحو أن يقول بعت منك هذا الرمان إلا ثلاث رمانات[١] منه اختارهما في ثلاثة أيام أو نحو ذلك فإن البيع يصح مع[٢/] [هذا] [٣] الاستثناء فلو لم يشرط الخيار أو شرطه ولم يذكر له مدة معلومة فسد البيع.

قيل: إجماعاً، وقال أبو مضر: أنه يصح استثناء جزء غير مشاع بل مقدر كصاع أو رطل أو نحوهما وإن لم يذكر مدة الخيار لكن لا يستقر البيع إلا بعد تمييز المستثنى وبأول كلام أهل المذهب على هذا قال ويكون لهما[٤] الخيار ولعل كلام أبي مضر هذا في المستوى وسياق كلامه يدل عليه ولعله مشاع ولا مخيرا[٥] فيه مدة معلومة أن المبيع[٦] يكون غير معلوم جملة ولا تفصيلاً وأما مع استثناء المشاع والمخير فيه مدة معلومة فإنه يكون معلوماً جملة ولهذا نصوا على صحة بيع الصبرة مشاعاً وبيع ثوب من ثياب على أنّ له الخيار مدة معلومة فصحة الاستثناء فيهما كصحة بيعهما هكذا في الغيث [٧].

نعــــم: وقد اختلف في صحة بيع الجزاف من غير استثناء فالمذهب على ما صححه ط وهو اختيار م بالله [٨] لنفسه وقول ح وش أنه يجوز مطلقاً سواء علماً جميعاً المقدار أم جهلاه جميعاً أم علمه[٩] احدهما دون الآخر، لكن إذا كان المشتري هو الجاهل خير لمعرفة مقدار المبيع هذه حكاية القاضي زيد عن أبي طالب .

قيل : إلا أن يكون المشتري عالماً بعلم البايع فلا خيار له [هنا] [١٠].

القول الثاني: ظاهر إطلاق الهادي عليلم أنه يصح إذ علماه[١١] جميعاً أو جهلاه جميعاً وإن علمه أحدهما فقط فباطل وتأوله أبو طالب على أن الهادي عليلم أراد [به] [١٢] أنه إذا كان العالم بالقدر البايع دون المشتري بطل اللزوم للمشتري وكل له الخيار حكاه ض زيد

---

1 - في(أ)" رمان".
2 - نهاية ورقة ١٨٢ من (أ).
3 - الزيادة من(ب) .
4 - في(أ)"لها" .
5 - في(ب)"و لا مخير".
6 - في(ب)"البيع".
7 -الغيث المدرار ج٣ (خ).
8 - في(ب)" المؤلف ".
9 - في(ب)" علم " .
10 - الزيادة من(أ) .
11 - في(ب)" إذا علما " .
12 - الزيادة من (ب) .

وفي الوافي عكس حكاية ض زيد أن م بالله تأوله وط بقاه على ظاهره وهذا الخلاف في غير العقار وأما فيها فيصح وفاقاً ذكره في الغيث [١].

قوله عليلم: " **وأما كُلُّ كَذَا بكَذَا فيخير لمعرفة قدر الثمن** "هذه الثانية من الصور الأربع، وهي نحو أن يقول: "بعت منك هذه الصبرة كل مد بدرهم، أو كل ذراع بدرهم، أو كل رمانة بدرهم، فإن البيع يصح في جميع ذلك، ويكون للمشتري خيار معرفة قدر الثمن، ويثبت له أيضاً خيار الرؤية فيما هو مختلف فيه لأن رؤية بعض المختلف [فيه] [٢] لا يكون رؤية لجميعه .

قيل ع: وخيار معرفة مقدار المبيع يثبت أيضاً تبعاً لمعرفة مقدار الثمن، واغتفر جهالة الثمن حالة البيع لأنه يعلم في الوقت الثاني هذا هو المذهب وهو قول أبي يوسف ومحمد والشافعي [٣].

وقال أبو حنيفة: لا يصح البيع في هذه الصورة[٤] لأن البيع مجهول [٥].

قيل: إلا فيما سموه[٦] من المد أو الرطل لا إذا قال كل شاة بكذا لأنها مجهولة وكذا كل رمانة بكذا [٧].

قوله عليلم: " **وأما على أنه كَذَا بكَذَا** " هذه الصورة الثالثة من الأربع ومثالها أن يقول البايع للمشتري بعت منك هذه الجملة على أنها مائة مد أو مائة رطل أو مائة شاة أو ثوب أو رمانة أو نحو ذلك بمائة درهم أو بخمسين درهما أو نحو ذلك فإن ذلك يصح بلا خلاف لأن المبيع والثمن معلومان .

قوله عليلم: " [أو] [٨] **مائة كل كذا بكذا**" وهذه الصورة الرابعة وهي آخر صور الصبرة ومثالها أن يقول البايع للمشتري بعت منك هذه الصبرة على أنها مائة مد كل مد منها بدرهم أو نحو ذلك فإن البيع [في هذه الصور يصح] [٩]ويكون للمشتري خيار الرؤية في المختلف في هاتين الصورتين كلتيهما .

---

1 -الغيث المدرار ج٣ (خ). و رد المحتار - (١٩ / ٣٠٤)و الحاوي الكبير ــ (٥ / ٤٨٠) و حاشية الجمل على المنهج لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري - (٥ / ٣٦٥).
2 - الزيادة من(ب).
3 - شرح الأزهار - (٣ / ٢٧) .
4 - في(ب)" الصور " .
5 - الاختيار لتعليل المختار - (٢ / ٥).
6 - في(ب)" يسموه ".
7 - شرح الأزهار - (٣ / ٢٧).
8 - في(ب)" وأما على " بدل ما بين المعقوفتين.
9 - في(ب)" يصح في هذه الصورة".

قوله عليلم: "**فَإِنْ زَادَ أَوْ نَقَصَ فِي الْأَخِيرَتَيْنِ**[١] **فَسَدَ فِي الْمُخْتَلِفِ** " يعني إذا زاد المبيع على ما ذكره البايع أو نقص عنه في الصورتين الأخيرتين وهما الثالثة والرابعة فسد البيع في الصبرة المختلفة أجزاؤها مطلقاً سواء كانت مكيلاً أو موزوناً أم[٢] معدوداً أم مذروعاً لا إذا كانت مستوية فسيأتي الكلام فيها ووجه [٣/] الفساد في الصورة الثالثة وهي على أنه مائة رمانة بكذا درهم ونحوه أنه إذا زاد على المائة تشاجرا، هل يرد الزائد من الكبار أو من الصغار؟ وإن نقص عن المائة تشاجرا، هل ينقص ثمن الناقص من الكبار أو من الصغار؟

وأما الصورة الرابعة: وهي على أنه مائة رمانة كل رمانة بدرهم مثلاً ففي الزيادة يتشاجران فيما [يرد كما] [٤] مر.

وأما النقصان فقيل ح: لأنه يقول المشتري كنت أظن أن الناقص من الصغار فالآن[٥] وجدته من الكبار، وفي ذلك نظر لأن الناقص معدوم، وقد قال في الانتصار والفقيه حاتم بن منصور[٦] أنه لا يفسد البيع هنا إذ لا جهالة ولا غرر، حكى معنى ذلك في الزهور [٧].

قوله عليلم: " **وفِي غَيْرِهِ يخير في النقص بَيْنَ الْفَسْخِ والْأَخْذِ بِالْحِصَّةِ** " يعني فأما إذا زاد القدر أو نقص في غير المختلف وهو المستوى كالمكيل والموزون وما لا اختلاف فيه من غيرهما فإن المشتري يخير حيث نقصت الصبرة بين أن يفسخ البيع لآجل النقصان وبين أن يأخذ الناقص بحصته من الثمن بمعنى أنه ينقص له من الثمن بقدر ما نقص من المبيع.

وقوله عليلم: " **إِلَّا في الْمَذْرُوعَ فِي الأولى فَبِالْكُلِّ إنْ شَاءَ** " معناه إلا أن يكون المبيع من المزروع في الصورة الأولى من الأخيرتين وهي الثالثة من الأربع نحو أن يقول بعت منك هذا الثوب أو نحوه على أنه مائة ذراع بكذا درهم فبين أنه دون المائة فإن المشتري يخير[٨] إن شاء أخذ المبيع بكل الثمن المسمى وإن شاء فسخ لأجل النقصان هذا في الصورة الأولى من الأخيرتين وأما في الثانية منهما وهي الرابعة فالمذروع وغيره فيها على سوا في أنه يخير بين الفسخ والأخذ بالحصة والوجه ظاهر ووجه الفرق في الصورة الأولى من

---

1 - في المخطوط "الأخيرين " والصحيح ما أثبته.

2 - في(ب)" أو".

3 - نهاية ورقة ١٩٠ من (ب).

4 - الزيادة من(ب).

5 - في(ب)" والآن".

6 - هو حاتم بن منصور الحملاني، الفقيه زين العابدين، فقيهاً، فاضلاً، بصري أوانه، من أهل العبادة، و الزهادة، شيخ أهل زمانه في الأصولين والفقه، توفي سنه خمس وستين وسبعمائة. طبقات الزيدية الكبرى (١ / ٢٥٣).

7 -الزهور المشرقة على اللمع (خ).

8 - في(ب)" مخير".

الأخيرتين بين المذروع وغيره، أن النقص في المذروع نقص في صفة لا غير وفي غير المذروع نقصان قدر .

قوله عليلم: " **وفِي الزِّيَادَةِ رَدُّهَا إلَّا الْمَذْرُوعِ فَيَأْخُذُهَا بِلَا شَيْءٍ فِي الْأُولَى وبِحِصَّتِهَا فِي الثَّانِيَةِ [أَوْ يَفْسَخُ]**[١]" ومثال ذلك في الصورتين أن يقول على أنها مائة [مد][٢] بكذا [درهم][٣] أو كل مد بدرهم فإذا انكشف أن الصبرة أكثر من المائة وجب على المشتري أن يرد الزيادة على المائة للبائع، لأنها زيادة قدر كما تقدم، هذا في غير المذروع، وأما المذروع ففي[٤/أ] الصورة الأولى يأخذ الزيادة بلا شيء، ومثاله أن يقول بعت منك هذه الأرض أو هذا الثوب أو نحوهما على أنه مائة ذراع بمائة درهم أو نحوه فينكشف أن المبيع مائة ذراع أو عشرة أذرع ففي هذه الصورة يأخذ العشرة الأذرع بلا زيادة على المائة[٥] الدرهم إذ هي زيادة صفة كما تقدم.

وأما في الصورة الثانية: وهي حيث يقول على أنه مائة ذراع كل ذراع بدرهم، فينكشف أنه مائة وعشرة مثلاً، فإن المشتري يخير بين أن يأخذ عشرة الأذرع الزائدة بحصتها من الثمن فيأخذ المائة والعشرة الأذرع بمائة وعشرة دراهم، وبين أن يفسخ البيع، والوجه في ذلك أنه [في هذه الصورة] [٦] جعل كل جزء من المبيع في مقابلة جزء من الثمن فاقتضى أن يأخذ كل جزء بحصته إن شاء وإن شاء فسخ بخيار معرفة مقدارالمبيع والثمن، وليس له أن يرد الزيادة وحدها إذ فيه ضرر.

وقد اختلف في هذه الصورة، هل مستوى الأرض والثياب فيما ذكر أولاً ؟

فالمذهب أنه لا فرق في ذلك بين الأرض والثياب، وقال ع: يفصل بين العرصة والثياب[٧] ففي العرصة أوجب في زيادة ذرعها القيمة، وفي الثوب أوجب على المشتري رد زيادة، ولم يوجب على المشتري قيمة الزائد.

وقال ط : الأولى عندي أن يكون المشتري بالخيار إن شاء أخذ الجميع وإن شاء ترك وقد لفق بين الكلامين بأن كلام ع إذا كانت الثياب لا مضرة في قطعها فيحب رد الزيادة وكلام ط إذا كان في قطعها مضرة بأن يكون فيها أعلام أو تكون قصيرة يضر بها القطع

---

1 - الزيادة من(ب).
2 - الزيادة من(أ).
3 - الزيادة من(أ).
4 - نهاية ورقة ١٨٣ من (أ).
5 - في(أ)"مائة".
6 - الزيادة من(ب).
7 - في(ب)"الثوب".

فيخير المشتري إن شاء رضي المبيع جميعه[ودفع حصة الزيادة من الثمن][1] وإن شاء فسخ وهو الصحيح للمذهب ذكر معناه في الغيث [2].

قيل ح: وإذا شرط في العقد أنه لا يرد الزيادة ولا يخير مع النقصان يعني حيث يجب ذلك فسد العقد لأن ذلك خلاف موجبه [3].

قوله عليلم: " **وبَعْضِ الصُّبْرَةِ مَشَاعًا أَوْ مُقَدَّرًا مَيَّزَ فِي الْمُخْتَلِفِ قَبْلَ الْبَيْعِ وعُيِّنَتْ جِهَتُهُ فِي مُخْتَلِفِ**[4] **الْمَذْرُوعِ** "أي والبيع أيضاً صحيح ولو كان المبيع بعض صبرة من مكيل أو موزونٍ أو معدودٍ أو مذروع، وسواء كان البعض المبيع مشاعاً كنصف أو ثلث أو نحوهما فإن ذلك يصح مطلقاً ولا يخير البايع في التسليم من أي الجوانب شاء أم كان البعض المبيع جزءاً مقدراً معلوماً نحو مد أو رطل أو رمانة أو ذراع أو نحو ذلك ، [فإن ذلك يصح أيضاً لكن ينظر فإن كانت الصبرة مستوية الأجزاء لا تفاضل فيها صح البيع مطلقاً وإن كانت مختلفة بعضها] [5] أفضل من بعض في القيمة فإن البيع لا يصح إلا إذا ميز الجزء المقدر المبيع قبل عقد البيع إما بعزل أو إشارة أو نحوهما، فإن لم يميز فسد البيع إلا أن يشرط الخيار لأحدهما أي يختار ذلك البعض من الصبرة في مدة معلومة فإنه يصح كما تقدم في بيع مجهول العين .

هذا في المكيل والموزون والمعدود، وأما المذروع إذا اختلفت أجزاؤه فتمييزه يكون بتعين جهة المبيع منه وتحديده، وذلك نحو أن يقول بعت منك عشرين ذراعاً من هذه الأرض[6] من شرقيها أو غربيها أو شاميها أو يمانيها وفي الثوب ونحوه من هذا الطرف فإن لم يعين كذلك فسد البيع .

قوله عليلم: " **وكَذَا إنْ شُرِطَ الْخِيَارُ لأحدهما[مُدَّةً]** [7]**مَعْلُومَةً** " أي وكذا يصح البيع حيث شرط الخيار لأحدهما مدة معلومة يختار فيها البعض المبيع من الصبرة وذلك عام في مختلف المكيل والموزون والمعدود والمذروع يختار المبيع من أيها شاء، خلافاً للشافعي والأزرقي في صحة البيع وزيادة لفظة وكذا لازمه لئلا يتوهم أن شرط الخيار المذكور إنما هو في مختلف المذروع [8/]

---

1 -في (ب)ما بين المعقوفتين سقطت من المتن واستدركت في الحاشية .
2 -الغيث المدرار ج٣(خ).
3 - المبسوط - (٦ / ٢٠٧)بنحوه .
4 - في(ب)"المختلف".
5 - الزيادة من(ب)".
6 - في(ب)"الصبرة".
7 - سقط من(ب).
8 - نهاية ورقة ١٩١ من (ب).

خاصة وليس كذلك، وهذا هو المذهب [١].

وفي الشرح وتعليق ابن أبي الفوارس، وشرح الإبانة أنه يصح أن يبيع الأرض المختلفة جزءاً غير مشاع وإن لم يعين جهته، ويقتسمان بالأجزاء، قالوا: لأن ذكر الذراع كذكر الجزء[٢].

قال في الغيث: ولعلهم يعنون أنه إذا قال: عشرون ذراعاً وهي مائة ذراع اقتسم المشتري خمسها كما يقسم المشاع والحجة للمذهب أنه يرتفع الشجار إذا ذكر الأذرع من أي جهة يأخذها [٣].

قلت: وللمخالف أن يقول إذا جعل ذكر الذراع كذكر الجزء فلا شجار كما في المشاع وهذا متجه والله أعلم.

وإنما زاد المؤلف لفظة لأحدهما لئلا يتوهم أن البيع يصح ولو شرط الخيار لهما معاً وليس كذلك بل يفسد البيع حيث شرط[٤] الخيار لهما معاً لأن ذلك يؤدي إلى الشجار .

قوله عليلم: "**لَا مِنْهَا كَذَا بِكَذَا إنْ نَقَصَتْ أَوْ منها كُلُّ كَذَا بِكَذَا مُطْلَقًا فَيَفْسُدُ** " أي حيث قال البايع بعت منك هذه الصبرة كذا مد بكذا درهم و[٥] نحو ذلك فإن البيع يفسد [حيث نقصت الصبرة عن قدر ما سمى .

مثال ذلك: بعت منك من هذه الصبرة عشرين مدا بكذا درهم فنقصت الصبرة عن العشرين مداً فإن البيع يفسد] [٦]لتضمنه بيع معدوم وهو الناقص من القدر المسمى فأما حيث وجدها قدر ما سمى أو أكثر منه فإن البيع يصح والوجه ظاهر وكذا حيث قال بعت منك من هذه الصبرة كل مد بدرهم فإن البيع يفسد أيضاً في هذه الصورة مطلقا، أي سواء قيد بشرط نحو أن يقول: إن كانت مائة مد أم لم يقيد، وسواء زادت الصبرة على المائة أم نقصت منها، لأن المبيع مجهول القدر، إذ هو بمنزلة قوله بعت منك بعضها كل مد بدرهم والبعض مجهول فيفسد البيع لذلك، وإنما زاد المؤلف [عليلم] [٧]لفظ منها في الصورة الثانية لئلا يتوهم أن المراد لا منها كذا كل كذا بكذا، وذلك خلاف المقصود .

---

1 - شرح الأزهار - (٣ / ٢٣).

2 - الجامع في الشرح(خ) وتعليق ابن أبي الفوارس، وشرح الإبانة على مذهب الناصر للحق عليه السلام لأبي جعفر محمد بن يعقوب الهوسمي. (كلها مخطوطة).

3 - الغيث المدرار ج٣(خ).

4 - في(أ)"الشرط".

5 - في(ب)"أو".

6 - الزيادة من(أ).

7 - الزيادة من(أ).

فـــــرع: وحيث يكون المبيع من الصبرة جزءاً معلوماً مشاعاً يصح بيعه كما تقدم، ويصح [قبضه] [١] بالتخلية بين المشتري وبين الصبرة خلاف أبي مضر وابن الخليل في صحة قبضه بالتخلية، وتكون مؤنة القسمة عليهما معاً على قدر الحصص، وعند أبي مضر على البايع، ويكون المشتري مشاركاً في جميع الصبرة، ولو اختلفت جوانبها وله أخذ نصيبه منها مع عينة البايع بعد إيفائه الثمن في المستوى على قولنا بأن القسمة إقرار وما تلف منها بعد التخلية فعليهما كليهما .

وأما حيث يكون المبيع من الصبرة قدراً معلوماً كمد أو رطل أو أكثر فيصح البيع أيضاً لكنه يخالف في الأحكام التي تقدم ذكرها في الصورة الأولى[٢/]فلا يصح قبض المبيع بالتخلية قبل إقراره وتكون مؤنة الكيل ونحوه على البايع ويعطيه من أي جوانب الصبرة شاء إن كانت مستوية وإن كانت مختلفة فسد البيع في هذه الصورة للشجار، بخلاف الصورة الأولى فيصح كما مر إذ لا شجار .

فـــــرعٌ: ويعتبر فيما بيع مُذراعه بذراع معلوم لا يختلف في العادة فإن لم يكن كذلك فسد البيع سواء أطلق أم عين ذراع رجل معين وكذا في الكيل والوزن يعتبر فيهما بما هو معتاد ظاهر لا يختلف فإن كان مختلفاً أو شرط فيه مكيالاً معيناً أو ميزاناً معيناً فسد البيع إذ يجوز تعذر ذلك المعين المشروط وفي المختلف للشجار .

فـــــرع: ويعتبر في الكيل بالرسل الذي لا يختلف إذ هو الكيل الشرعي، فإن شرط الرزم أو كان عرفاً ظاهراً فسد البيع حيث يكون التفاوت في ذلك يسيراً يتسامح به يصح البيع ذكر معنى ذلك الفقيه ف.

قوله عليلم: " **ويعين نحو الأرض بإشارة ونحوها** " أراد بنحو الأرض الدار وشبهها وأراد بنحو الإشارة ما يتميز به من حد أو غيره والمعنى أنه يشترط في صحة بيع الأرض ونحوها أن يعين حال العقد بما يميزها عما يلتبس بها إما بإشارة كبعتك هذه الأرض أو حد كأن يقول [بعتك] [٣]التي يحدها ما هو كيت وكيت فإن تميزت عن غيرها بحد واحد كفى، وإن لم يتميز به زاد عليه حتى يتميز أو بعينها بلقب يخصها نحو الأرض المسماه كيت وكيت إذا كان لا يشاركها في ذلك اللقب ما يلتبس بها في الجهة مما[٤] يملكه البايع حيث قال أرضي ونحوه.

---

1 - الزيادة من(ب).
2 - نهاية ورقة ١٨٤ من (ب).
3 - الزيادة من(أ).
4 - في(ب)"فيما".

قال في الغيث: وحاصل الكلام في ذلك أنه إذا أضاف المبيع إلى ملكه لم يحتج إلا إلى ما يميزها عن ساير أملاكه دون أملاك غيره وإن لم يضف إلى ملكه فلا بد أن يميزها عما يلتبس بها من ملكه أو[١] ملك غيره .

قيل [ع] [٢]: فإن لم يكن في ملكه غيرها صح وإن لم يذكر حداً ولا لقباً إذا أضافها إلى ملكه ولو[٣] الجهة التي هي فيها.

قال: ويحتمل أن يصح البيع وإن لم يذكر الجهة انتهى [٤].

واعلم أن الإشارة أقوى ما تعين به المبيع ونحوه ثم الحدود [و] [٥] هي أقوى من اللقب فما دخل فيها دخل في المبيع حيث كان ملكاً للبائع وإن لم يتناوله الاسم وما خرج عن الحدود خرج عن المبيع وإن تناوله اللقب ذكر معناه م بالله .

قيل: ولا يدخل الحد في المحدود إلا إذا كان من جنسه، ولعله أخذه من كلام أهل الأصول في الغاية وفيه نظر.

---

1 - في(ب)"و".
2 - الزيادة من(أ).
3 - في(ب)"وذكر ".
4 -الغيث المدرار ج٣ (خ).
5 -الزيادة من(ب).

"فصـــــلٌ"

[ما يحرم بيعه]

"ويحرم بيع حر وأم ولد ونجس غالباً وماء فحل و أَرْضِ مَكَّةَ "

إنما زاد المؤلف [عليلم] [١] لفظة[٢] "ولا يصح" للتصريح بأن هذه الأشياء مع كون بيعها حراماً لا يصح بيعها أيضاً على الصحيح إما بيع الحر فذلك إجماع مطلقاً سواء باع نفسه أم باعه غيره عالماً أم جاهلاً ودليله قبل الإجماع ما أخرجه البخاري من رواية أبي هريرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله [وسلم] [٣] حاكياً عن الله عزوجل " ثَلَاثَةٌ أنا خَصْمُهُمْ يوم الْقِيَامَةِ رَجُلٌ أَعْطَى بِي[٤] ثُمَّ غَدَرَ وَرَجُلٌ بَاعَ حُرًّا فَأَكَلَ ثَمَنَهُ وَرَجُلٌ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا فَاسْتَوْفَى منه [العمل] [٥] ولم يوفه [٦] أَجْرَهُ "[٧] وأما أم الولد فهي المملوكة التي وطئها سيدها فعلقت منه ووضعت ما تبين فيه أثر الخلقة وادعاه فأما حيث [٨/] وضعته علقة لم يتبين فيه أثر الحلقة فإنها لا تصير به أم ولد على المذهب خلاف أحد قولي ش [٩].

قلنا: العلقة لا تسمى ولداً لغة، ولا شرعاً، ولا عرفاً، والقول بعدم صحة بيعها وهو المذهب، وقول القاسم، والهادي وح و ش وعامة الفقهاء، وهو مروي عن علي عليلم وجمهور الصحابة والتابعين [١٠].

والحجة لذلك نحو ما حكاه في أصول الأحكام[١١] عن ابن عباس قال ذكرت مارية[١٢] أم إبراهيم

---

1 - الزيادة من(أ).

2 - في(ب)"لفظ".

3 - الزيادة من(ب).

4 - في المخطوط "أعطاني" وهو تصحيف من المصنف، والصحيح ما أثبته.

5 - زيادة من المخطوط.

6 -في البخاري " يُعْطِ" بدل "يوفه ".

7 -أخرجه البخاري في صحيحه - كِتَاب الْبُيُوعِ - بَاب إِثْمِ من بَاعَ حُرًّا -رقم٢١١٤. (ج٢/ص٧٧٦)

8 - نهاية ورقة ١٩٢ من (ب).

9 - الحاوي الكبير ــ الماوردي - (١١ / ٤٤٤).

10 - شرح الأزهار - (٣ / ٣٢)و الاختيار لتعليل المختار - (٢ / ٢٤)و العناية شرح الهداية - (٩ / ٩٣)و روضة الطالبين- الكتب العلمية - (٦ / ٢٦١)و المجموع - (٩ / ٢٤٢).

11 -أصول الأحكام في الحلال والحرام - (٢ / ٣).

12 - هي مارية القبطية ، أم إبراهيم: من سراري النبي صلى الله عليه وآله. مصرية الأصل، بيضاء. ولدت في قرية " حفن " من كورة " أنصنا " بمصر، وأهداها المقوقس القبطي (صاحب الإسكندرية ومصر) سنة ٧ هـ إلى النبي صلى الله عليه وآله هي وأخت لها تدعى " سيرين " فولدت له " إبراهيم " فقال: أعتقها ولدها، ماتت في خلافة عمر، بالمدينة، فروي وهو يحشد الناس بنفسه لحضور جنازتها.ودفنت بالبقيع.. الأعلام للزركلي - (٥ / ٢٥٥).

[عليلم] [١]عند رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآله فقال اعتقها ولدها وإن كان سقطاً"[٢] ونحوه في الشفاء من رواية ابن عمر[٣].

وفي الموطأ عن ابن عمر بن الخطاب قال [أن عُمَرَ بن الْخَطَّابِ قال] [٤] أَيُّمَا وَلِيدَةٍ وَلَدَتْ من سَيِّدِهَا فإنه لاَ يَبِيعُهَا وَلاَ يَهَبُهَا وَلاَ يورثها وهو يَسْتَمْتِعُ بها فإذا مَاتَ فَهِيَ حُرَّةٌ " أخرجه الموطأ [٥] وفي رواية عن علي عليلم وابن عباس وابن الزبير، وهو قول الباقر والصادق والناصر وداود والليث وبشر المريسي[٦] والإمامية يجوز بيعها لما روي عن علي عليه السلام أنه قال: "تجدد لي رأي في أمهات الأولاد أنهن يبعن"، فقال له عبيدة السلماني[٧]: "رأيك في الجماعة أحب إلينا من رأيك وحدك" هكذا حكاه عضد الدين[٨] في شرحه لمختصر المنتهى قالوا ولم ينكر ذلك بل قاله له عبيدة ما تقدم.

واحتجوا أيضاً بما روي عن جابر أنه قال:" بِعْنَا أُمَّهَاتِ الأَوْلاَدِ عَلَى عَهْدِ رسول الله صلى الله عليه وآله وَعلى عهد أَبِى بَكْرٍ فَلَمَّا كَانَ عُمَرُ نَهَانَا [٩] فَانْتَهَيْنَا"[١٠]

---

1 -الزيادة من(أ).

2 -أخرجه ابن ماجه في سننه -كتاب العتق- بَاب أُمَّهَاتِ الْأَوْلَادِ - رقم٢٥١٦ (ج٢/ص٨٤١). والبيهقي في السنن الكبرى -كتاب عتق أمهات الأولاد -باب الرجل يطأ أمته بالملك رقم ٢١٥٧٣ (ج١٠/ص٣٤٦)...وغيرهما .بلفظ "اعتقها ولدها " بدون زيادة "وإن كان سقطا " والحديث ضعيف كما ذكر ذلك الشيخ الألباني في إرواء الغليل - (٦ / ١٨٦). وأما رواية " اعتقها ولدها وإن كان سقطا"فهي من رواية عكرمة عن عمر رضي الله عنه. ينظر" سنن البيهقي الكبرى - كتاب عتق أمهات الأولاد -باب الرجل يطأ أمته بالملك ... -رقم ٢١٥٧٤(ج١٠/ص٣٤٦). وهناك رواية أخرى أخرجها الدار قطني في سننه– كتاب المكاتب -عن ابن عباس قال: قال رسول الله r : أم الولد حرة وإن كان سقطا" رقم١٩ (ج٤/ص١٣١)وَإِسْنَادُ الحديث ضَعِيفٌ أَيْضًا وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ من قَوْلِ بن عُمَرَ .ينظر التلخيص الحبير (ج٤/ص٢١٧).

3 - شفاء الأوام - (٢ / ٣٦٠).

4 - سقط من المخطوط.

5 -أخرجه مالك في الموطأ -باب عِتْقِ أُمَّهَاتِ الأَوْلاَدِ وَجَامِعِ الْقَضَاءِ في الْعَتَاقَةِ –رقم ١٤٦٦ (ج٢/ص٧٧٦). قال في التلخيص: وقال صَاحِبُ الْإِلْمَامِ الْمَعْرُوفُ فيه الْوَقْفُ وَالَّذِي رَفَعَهُ ثِقَةٌ قِيلَ وَلَا يَصِحُّ مُسْنَدًا. (ج٤/ص٢١٧).

6 -هو أبو عبد الرحمن بشر بن غياث بن أبي كريمة المريسي، بفتح الميم وكسر الراء، نسبة إلى مريس وهي قرية بمصر، ، من أصحاب الرأي، أخذ الفقه عن أبي يوسف القاضي إلا أنه اشتغل بالكلام، وجرد القول بخلق القرآن، وحكي عنه أقوال شنيعة ومذاهب مستنكرة، أساء أهل العلم قولهم فيه بسببها، وأكفره أكثرهم لأجلها، وكانت بينه وبين الشافعي مناظرات، وكان الشافعي يقول بعده: لا يفلح هذا الرجل. ومات بشر في ذي الحجة سنة ثماني عشرة ومائتين، ويقال: سنة تسع عشرة. الأنساب للسمعاني - (٥ / ٢٦٧).

7 - هو عبيدة السلماني المرادي، أبو عمرو، من كبار الفقهاء بالكوفة. أسلم زمن الفتح، ولم يلق النبي صلى الله عليه وسلم، أخذ عن علي وابن مسعود، وتوفي سنة اثنتين وسبعين للهجرة.الوافي بالوفيات (٦ / ٣٢٦).

8 - هو عبد الرحمن بن أحمد بن عبد الغفار القاضي عضد الدين الايجى ولد بايج من نواحي شيراز بعد السبع مائة وأخذ عن مشايخ عصره وكان إماما في المعقول قائما بالأصول والمعاني والبيان والعربية مشاركا في سائر الفنون وله شرح مختصر المنتهى وقد انتفع الناس به من بعده وسار في الأقطار واعتمده العلماء الكبار وهو من أحسن شروح المختصر من تدبره عرف طول باع مؤلفه وجرت له محنة مع صاحب كرمان فحبسه بالقلعة ومات مسجونا في سنة ٧٥٦ ست وخمسين وسبعمائة (البدر الطالع ج١/ص٣٢٦).

9 -بعدها زيادة عنه من(أ) وليست في السنن ..

10-أخرجه أبو داود في سننه -كِتَاب الْعِتْقِ -بَاب في عِتْقِ أُمَّهَاتِ الْأَوْلَادِ -رقم٣٩٥٤ (ج٤/ص٢٧). وصححه الألباني في إرواء الغليل(٦ / ١٨٩).

ذكره رزين [١]. لنا: حديث عتق مارية ونحوه [٢].

فــــرع: لهم قال الباقر والصادق والإمامية: وإنما يجوز بيعها في حياة سيدها فإن مات ولها منه ولد باق عتقت عندهم وكذا أولادها من غيره فإن لم يكن باقياً فعن الناصر يملكها أولاده من غيرها وعنه تعتق حيث له ولد من غيرها .

فــــرع: وظاهر قول الهادي [عليلم] [٣] أن بيعها باطل لما مر فينقض الحكم ببيعها وعلى قول الأخوين أنه فاسد إذ لا إجماع لأجل خلاف من تقدم فلا ينقض .

فــــرع: فإن أعتقها المشتري ثم صح أنها أم ولد صح العتق إن جعلها بيعها فاسداً لا باطلاً وإن قلنا بصحة العتق رجع الولد للبائع بحصته من الثمن إذ أثبت[٤] كونها أم ولد بالبينة لا بمصادقة المشتري إذ هو كالإقرار على الغير، وحصة الولد من الثمن ما بين قيمتها حامل وغير حامل ذكر معناه في البحر [٥].

ولا تصح إقامة البينة على ذلك من البايع إذ [٦] بيعه يُكذب دعواه بل من الأمة لا للعتق إذ قد صارت حرة بل ليثبت فراشها من البايع فيثبت لها أحكام الفراش [٧/].

تنبيــــهٌ: وفي الغيث عن أبي طالب ما لفظه فإن باع جاريته ثم ادعى أنها أم ولده[٨] فإن البيع ينفسخ بأحد وجوه أربعة:

أحدها: أن يصدقه المشتري الثاني أن يقيم البينة على ما ادعاه.

الثالث: أن تأتي الأمة بولد لأقل من ستة أشهر من يوم باعها أو[٩] يدعي ذلك الولد.

الرابع: أن يكون لها ولد معه غير مشهور النسب من غيره فيدعيه فإذا حصل أي[١٠] هذه الوجوه فسخ البيع.

1-في كتابه (الجمع بين الصحاح الستة) (مخطوط) ورزين هو رزين بن معاوية بن عمار أبو الحس العبدري الأندلسي جاور بمكة أعواما وحدث بها، له تآليف منها كتاب جمع فيه ما في الصحاح الخمسة والموطأ، وكتاب في أخبار مكة، كان رجلا صالحا عالما فاضلا عالما بالحديث وغيره توفى بمكة سنة خمس وعشرين وقيل سنة خمس وثلاثين وخمسمائة، وكان إمام المالكية بمكة(الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، (ج١/ص١١٨) .

2 -سبق تخريجه صــ٥٠٢ .

3 - الزيادة من(أ).

4 - في(ب)" إن ثبت ".

5 - البحر الزخار (٨ / ٨٥).

6 - في(ب)" لأن ".

7 - نهاية ورقة ١٨٥ من (أ).

8 - في(ب)" ولد ".

9 - في(أ)" و ".

10 - في(ب)" أحد ".

[و] [1]قال الإمام ح بن حمزة [عليلم] [2]: الأولى أن لا ينفسخ البيع في الوجهين الأخيرين لأن ذلك دعوى على الغير، ومن الجائز أن يكون ولداً من غيره انتهى [3].

فـــــــرعٌ: ومن باع أم ولده مع علمه بالتحريم ثم حكم حاكم بصحة بيعها حل له ثمنها فإن[4] لم يحكم بذلك لم يحل له الثمن فإن استولدها المشتري جاهلاً لحق به نسب الولد ولا تعتق الأمة إلا بموت الأول.

وقال في الإفادة: تكون أم ولد لهما هكذا في بيان ابن مظفر [5].

مســـــألة: وكذا المدبر لا يجوز بيعه ولا يصح إلا لضرورة عند القاسمية ورواية[6] عن مالك لقوله صلى الله عليه وآله:" المدبر لا يباع ولا [يشترى] [7]وهو حر من الثلث"[8] حكاه في الشفاء من رواية ابن عمر [9].

وقالت عائشة وعمر بن عبد العزيز والناصر وش: يجوز لبيعه صلى الله عليه وآله [وسلم] [10] أبا يعقوب[11] مدبر أبي مذكور[12] لفظه عن جَابِرٍ أَنَّ رَجُلًا[13] أَعْتَقَ غُلَامًا له عن دُبُرٍ فَاحْتَاجَ فَأَخَذَهُ النبي صلى الله عليه وآله [وسلم] [14] فقال من يَشْتَرِيهِ مِنِّي فَاشْتَرَاهُ نُعَيْمُ بن[النَّحَّام] [15] بِكَذَا وَكَذَا فَدَفَعَهُ إليه"[16] .

---

1 - الزيادة من(ب).

2 - الزيادة من(أ).

3 -الغيث المدرار ج٣(خ) .

4 - في(أ)"و إن".

5 - الإفادة في الفقه (خ) والبيان لابن مظفر (ج٢/٥٠٢).

6 - في(أ)"وروي".

7 - لم أجد كلمة "يشتري" إلا في كتاب شفاء الأوام - (٣ / ٤٨) دون غيره فكل الروايات "يوهب"بدل "يشتري".

8 - أخرجه الدار قطني في سننه–كتاب المكاتب- رقم٥٠.بلفظ " المدبر لا يباع ولا يوهب وهو حر من الثلث"وفي سنده عبيدة بن حسان وهو ضعيف فالحديث موقوف على ابن عمر كما قال الدار قطني (ج٤/ص١٣٨).

9 - كتاب شفاء الأوام - (٣ / ٤٨) .

10 - الزيادة من(ب).

11 - هو يعقوب القبطي غلام أبي مذكور. ينظر إيضاح الإشكال لمحمد بن طاهر بن علي المقدسي أبي الفضل سنة الولادة ٤٤٨/ سنة الوفاة ٥٠٧ هـ- تحقيق د. باسم الجوابرة - مكتبة المعلا – ١٤٠٨- الكويت - (١ / ٩٩).

12 - أبو مذكور رجل من الأنصار ولم أعثر على أكثر من هذا في ترجمته.

13 - الرجل الذي أعتق غلامه عن دين هو أبو مذكور والعبد المعتق اسمه يعقوب القبطي والمشتري له لما باعه النبي صلى الله عليه وسلم نعيم بن النحام. إيضاح الإشكال - (١ / ٩٩)

14 - الزيادة من(ب).

15 - في متن الحديث " عبد اللَّه "بدل ما بين المعقوفتين. و اسمه نُعَيْمُ بن عبد اللَّه بن النَّحَّام القرشي العدَوي، وإنما سمى النحام لأنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: دخلتُ الجنة فسمعت نَحمَةً من نعيم فيها، والنحمة السُّعلة، وقيل النَّحنَحة الممدودة آخرُها، فسمي النحام بذلك، كان قديم الإسلام، يقال إنه أسلم بعد عشرة أنفس قبل إسلام عمر، واختُلف في وقت وفاته، فقيل بأجنادين شهيداً سنة ثلاث عشرة للهجرة، وقيل: قتل باليرموك شهيداً سنة خمسة عشرة، (الوافي بالوفيات - (٧ / ٣٥٦).

16 - أخرجه البخاري في صحيحه - بَاب بَيْعِ الْمُزَايَدَةِ–رقم ٢٠٣٤. (ج٢/ص٧٥٣).

وفي رواية "أن رجلاً من الأنصار يقال [له] [1] أبو مذكور أعتق غلاماً له على[2] دبر [يقال له] [3] أبو يعقوب وساق الحديث بمعناه أخرج الحديث الستة إلا الموطأ بروايات عدة[4].

قلنا: معارض بالأول، وعن ح: لا يصح مطلقاً للأول [5].

قلنا: إلا مع ضرورة جمعاً بين الأخبار.

وأمـــا [النجس] [6] فالدم والميتة والعذرة لا يجوز بيعها ولا يصح إجماعاً وكفى به دليلاً وكذا زبل[7] ما لا يؤكل عند العترة وش وأصحابه [8].

وقال ح: المال ما ينتفع به وهذا كذلك فساغ لنا قوله صلى الله عليه وآله "إن الله إذا حرم شيئاً حرم ثمنه"[9] وسيأتي [10].

قال الإمام ح[11]: ويكره ادخاره وإصلاح الأرض به لمباشرة النجاسة فإن ادخره حتى صار رماداً جاز ففي صحة بيع الأزبال ثلاثة أقوال:

فعند الناصر وح وأحد قولي ش: يجوز بيعها مطلقاً، وعلى القول الثاني للش: لا يجوز مطلقاً، والثالث المذهب: يجوز بيع زبل ما يؤكل لحمه لطهارته لا ما لايؤكل لنجاسته.

قيل ح: أما المشتري فله أن يشتريه[12] لينتفع به.

---

1 - الزيادة من(أ).

2 - في(ب)عن".

3 - في(أ)"مابين المعقوفتين كررت مرتين".

4 - أخرجه البخاري في صحيحه -بَاب بَيْعِ الإمام على الناس أَمْوَالَهُمْ وَضِيَاعَهُمْ وقد بَاعَ النبي صلى الله عليه وسلم مُدَبَّرًا من نُعَيْمِ بن النَّحَّامِ . -رقم٦٧٦٣ (ج٦/ص٢٦٢٧) و مسلم في صحيحه - بَاب جَوَازِ بَيْعِ الْمُدَبَّرِ -رقم٩٩٧ (ج٣/ص١٢٨٩). وأبو داود في سننه -بَاب في بَيْعِ الْمُدَبَّرِ -رقم٣٩٥٥ (ج٤/ص٢٧)و النسائي في السنن الكبرى -رقم٥٠٠٦-باب التدبير(ج٣/ص١٩٢). و ابن ماجه في سننه -كتاب العتق -بَاب الْمُدَبَّرِ –رقم ٢٥١٢(ج٢/ص٨٤٠).و الترمذي في سننه - بَاب ما جاء في بَيْعِ الْمُدَبَّرِ –رقم ١٢١٩ .قال أبو عِيسَى: وَالْعَمَلُ على هذا الحديث عِنْدَ بَعْضِ أَهْلِ الْعِلْمِ من أَصْحَابِ النبي r وَغَيْرِهِمْ لم يَرَوْا بِبَيْعِ الْمُدَبَّرِ بَأْسًا وهو قَوْلُ الشَّافِعِيِّ وَأَحْمَدَ وإسحاق وَكَرِهَ قَوْمٌ من أَهْلِ الْعِلْمِ من أَصْحَابِ النبي r وَغَيْرِهِمْ بَيْعَ الْمُدَبَّرِ وهو قَوْلُ سُفْيَانَ الثَّوْرِيِّ وَمَالِكٍ وَالْأَوْزَاعِيِّ(ج٣/ص٥٢٣).

5 - العناية شرح الهداية - (٦ / ٤٠٣) .

6 - الزيادة من(أ).

7 - الزِّبْلُ بالكسر: السِّرْقينُ (قلت: ويقال السرجين). والمَزْبَلَةُ وتُضَمُّ الباءُ : مُلْقَاهُ ومَوْضِعُهُ . وزَبَلَ زَرْعَه يَزْبِلُهُ : سَمَدَهُ. القاموس المحيط - (١ / ١٣٠٣).

8 - شرح الأزهار - (٣ / ٣٢).

9 - أخرجه الدار قطني في سننه - كتاب البيوع - رقم ٢٠ (ج٣/ص٧). وهو حديث صحيح كما قال الألباني في غاية المرام في تخريج أحاديث الحلال والحرام -المكتب الإسلامي – بيروت – ط ٢ – ١٤٠٥هـ- (١ / ١٩٢).

10 - البحر الزخار (٨ / ٧٦).

11 - في(ب)"قال ي"وهو رمز للإمام يحيى.

12 - في(ب)"يشتري".

قيل ع: ولا يجوز للبائع استهلاك الثمن بل يرده إلى المشتري ومن سبق إلى شيء من الأزبال أو كان من حيوانه فهو أحق به وفاقاً [١].

فــــرع : وكذا لا يصح بيع الأدهان المتنجسة ونحوها من المائعات عند الهادي [عليلم][٢] ولا يجوز الانتفاع بها عنده لخبر الفارة[٣][٤]وقد تقدم.

وقال الناصر وم بالله وص بالله: يجوز بيعها مع بيان عينها للانتفاع [بها] [٥] في الاستهلاكات من دون تَرَطُّب.

وقال ط: يجوز شراؤها لذلك ولا يحل الثمن للبائع بل يرده للمشتري، وأما الثياب المتنجسة ونحوها مما يظهر بالغسل فيصح بيعها، ويجوز مع بيان ذلك إجماعاً.

وفي صحة بيع الماء المتنجس تردد صحح الإمام ح: جوازه [لأن تطهيره بالمكاثرة ممكن] [٦][٧]، ومن قال بإمكان تطهير الدهن أجاز بيعه وعند ح يجوز مطلقاً بيع الدهن المتنجس كالثوب [٨].

قلنا: الثوب يمكن تطهيره فافترقا وفيه ما تقدم [٩/].

واختلف في بيع الكلب فالمذهب على ما خرجه م بالله للهادي عليلم وهو المروي عن الحسن البصري، وربيعة، وحماد وأحمد، والشافعي، أنه لا يصح بيعه قياساً على الميتة بجامع النجاسة[١٠].

ولنحو حديث ابن مسعود نهى صلى الله عليه وآله[١١]عن "ثَمَنِ الْكَلْبِ وَمَهْرِ الْبَغِيِّ وَحُلْوَانِ الْكَاهِنِ" أخرجه الستة[١٢]

1- الدر المختار - (٥ / ٧٠٣) والبحر الزخار (٨ / ٧٦) وشرح الأزهار - (٣ / ٣٢).
2- الزيادة من(أ).
3- في(أ)"الفارورة".
4- أخرجه البخاري في صحيحه -كِتَاب الْوُضُوءِ - بَاب ما يَقَعُ من النَّجَاسَاتِ في السَّمْنِ وَالْمَاءِ -رقم٢٣٣ (ج١/ص٩٣).
5 - سقط من(ب).
6 - في(ب)"لإمكان تطهيره بالمكاثرة " بدل ما بين المعقوفتين.
7 - الزيادة من(أ).
8 - البحر الزخار (٨ / ٨٨).
9 - نهاية ورقة ١٩٣ من (ب).
10 - البحر الزخار (٨ / ٧٣) والمجموع - (٩ / ٢٢٨) و المغني لابن قدامة- (٤ / ٣٢٤).
11 - في(ب)" النبي صلى الله عليه وآله ".
12 -أخرجه البخاري في صحيحه -كِتَاب الْبُيُوعِ - بَاب ثَمَنِ الْكَلْبِ -رقم٢١٢٢(ج٢/ص٧٧٩). و مسلم في صحيحه -كِتَاب الْمُسَاقَاة -بَاب تَحْرِيم ثَمَنِ الْكَلْبِ و... - رقم١٥٦٧(ج٣/ص١١٩٨).وأبو داود في سننه -كتاب الْإِجَارَةِ - بَاب في أَثْمَانِ الْكِلَابِ -رقم٣٤٨١. (ج٣/ص٢٧٩). والنسائي في السنن الكبرى - كتاب البيوع - باب بيع الكلب -٦٢٦٢ (ج٤/ص٥٣).و ابن ماجه في سننه- كِتَاب التِّجَارَاتِ- بَاب النَّهْيِ عن ثَمَنِ الْكَلْبِ.-رقم ٢١٥٩(ج٢/ص٧٣٠).والترمذي في سننه – باب ما جاء في ثَمَنِ الْكَلْبِ -رقم١٢٧٦(ج٣/ص٥٧٥).

[و] [1]عن ابن عباس قال نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم "عن ثمن الكلب " وَإِنْ جاء يَطْلُبُ ثَمَنَ الْكَلْبِ فَامْلَأْ كَفَّهُ تُرَابًا " أخرجه أبو داود[2] .

وفي حديث أخرجه أبو داود والترمذي من رواية رافع بن خديج أن رسول الله صلى الله عليه وآله قال: " مَهْرُ الْبَغِيِّ خَبِيثٌ و ثَمَنُ الْكَلْبِ خَبِيثٌ وَكَسْبُ الْحَجَّامِ خَبِيثٌ " [3].

وعن زيد والقاسم والناصر وم بالله لنفسه: يصح بيع كلب الصيد والماشية والزرع [4].

لنحو حديث عبدالله بن مغفل[5] أن النبي صلى الله عليه وآله قال: "من اتخذ كلباً إلا كلب صيد أو ماشية أو زرع نقص من أجره كل يوم قيراط"[6] أخرجه النسائي[7]، وحديث أبي هريرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: "من أَمْسَكَ كَلْبًا فإنه يَنْقُصُ كُلَّ يَوْمٍ من عَمَلِهِ قِيرَاطٌ إلا كَلْبَ حَرْثٍ أو مَاشِيَةٍ"[8] أخرجه البخاري ومسلم وفيه روايات أخر .

قلنا: أراد صلى الله عليه وآله جواز اقتنائه للثلاثة جمعاً بين الأخبار.

وقال ح: يجوز بيعه وبيع كل ذي ناب ومخلب، وفي الأسد الكبير عنه روايتان إذ هي حيوانات ينتفع بها فجاز بيعها كغيرها وكهبتها[9] والوصية بها، قلنا فرقت الأخبار [10].

وقال ك: يحرم بيعه ومن قتله لزمته قيمته لمالكه [11].

قلنا: حرم بيعه فحرمت قيمته .

---

1 - الزيادة من(ب).

2 -في سننه - كتاب الْإِجَارَةِ - بَاب في أَثْمَانِ الْكِلَابِ -رقم٣٤٨٢. (ج٣/ص٢٧٩)وهو صحيح كما قال الألباني في صحيح وضعيف الجامع الصغير - (١ / ٤٦٦) رقم ٤٦٦ .

3 -أخرجه مسلم في صحيحه- كِتَاب الْمُسَاقَاةِ - بَاب تَحْرِيمِ ثَمَنِ الْكَلْبِ ... رقم-١٥٦٨ (ج٣/ص١١٩٩). و أبو داود في سننه - كتاب الْإِجَارَةِ -بَاب في كَسْبِ الْحَجَّامِ -رقم٣٤٢١(ج٣/ص٢٦٦). والترمذي في سننه-كِتَاب الْبُيُوعِ -بَاب ما جاء في ثَمَنِ الْكَلْبِ -رقم١٢٧٥ (ج٣/ص٥٧٤).كلهم بلفظ" ثَمَنُ الْكَلْبِ خَبِيثٌ وَمَهْرُ الْبَغِيِّ خَبِيثٌ وَكَسْبُ الْحَجَّامِ خَبِيثٌ "ولفظ المخطوط فيه تقديم وتأخير.

4 - البحر الزخار (٨ / ٧٣) والمجموع - (٩ / ٢٢٨) و المغني لابن قدامة- (٤ / ٣٢٤).

5 -هو عبد الله بن مغفل ابن عبد نهم بن عفيف المزني.صحابي جليل من أهل بيعة الرضوان، سكن المدينة، ثم البصرة، وله عدة أحاديث. وتوفي سنة ستين. - سير أعلام النبلاء - (٢ / ٤٨٣).

6 -سبق تفسيره.

7 -أخرجه النسائي في السنن الكبرى - كتاب الصيد والذبائح - الرخصة في إمساك الكلب للصيد -رقم٤٧٩٩ (ج٣/ص١٥٠).

8 - أخرجه البخاري في صحيحه- كِتَاب الْمُزَارَعَةِ - بَاب اقْتِنَاءِ الْكَلْبِ لِلْحَرْثِ -رقم٢١٩٧(ج٢/ص٨١٧). و مسلم في صحيحه - كِتَاب الْمُسَاقَاةِ - بَاب الْأَمْرِ بِقَتْلِ الْكِلَابِ وَبَيَانِ نسخة وَبَيَانِ تَحْرِيمِ اقْتِنَائِهَا إلا لِصَيْدٍ أو زَرْعٍ أو مَاشِيَةٍ وَنَحْوِ ذلك-رقم١٥٧٥ (ج٣/ص١٢٠٣).

9 - في(ب)" و هبتها ".

10 - الاختيار لتعليل المختار - (٢ / ٩). وبدائع الصنائع - (٥ / ١٤٣).

11 - بداية المجتهد - (٢ / ١٠٣).

فـــــرعٌ: ويجوز اقتناؤه للثلاثة[١] اتفاقاً[٢]، ولحفظ غيرها وجهان يصح قياساً عليها ولا إذ لم تخص الأخبار غيرها، وأما اقتناؤه لغير ذلك فلا يجوز اتفاقاً، لنحو حديث علي عليلم أن رسول الله صلى الله عليه وآله قال:" لا تدخل الملائكة بيتاً فيه صورة ولا جنب ولا كلب"[٣] أخرجه مسلم وأبو داود والنسائي، وفيه أحاديث أخر .

مسألة: واختلف في بيع الخنزير فالمذهب أنه لا يصح لقوله تعالى: **(فَإِنَّهُ رِجْسٌ)**[٤] والضمير عائد إليه إذ هو الأقرب كما مر في كتاب الطهارة .

وعن [الباقر والصادق] [٥] يجوز بيعه، وعن الناصر وح: يجوز بيع شعره لا هو، إذ الضمير في الآية عائد إلى لحمه إذ هو المقصود في الآية [٦].

لنا حديث جابر سمعت رسول الله[/٧] صلى الله عليه وآله يقول عام فتح مكة" إِنَّ اللَّهَ حَرَّمَ بَيْعَ الميتة وَالْخِنْزِيرِ وَالْأَصْنَامِ"الحديث أخرجه الستة إلا الموطأ[٨]، وحديث أبي هريرة أنّ رسول الله صلى الله عليه وآله قال" إِنَّ اللَّهَ حَرَّمَ الْخَمْرَ وَثَمَنَهَا وَحَرَّمَ الْمَيْتَةَ وَثَمَنَهَا وَحَرَّمَ الْخِنْزِيرَ وَثَمَنَهُ" أخرجه أبو داود[٩] .

مسألة :ويحرم بيع الخمر لما تقدم وقوله صلى الله عليه وآله [وسلم] [١٠] فيما أخرجه أبو داود من حديث ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وآله في الخمر، وأن الله عزوجل إذا حَرَّمَ على قَوْمٍ أَكْلَ شَيْءٍ حَرَّمَ عليهم ثَمَنَهُ "[١١] وفي حديثه الآخر عنه صلى الله عليه وآله في الخمر "أن الله الذي حرم شربها حرم ثمنها"[١٢] .

---

1 - الصيد والزرع والماشية كما ورد في الحديث المذكور.

2 -المجموع - (٩ / ٢٢٩).

3 -أخرجه مسلم في صحيحه -كِتَاب اللِّبَاسِ وَالزِّينَةِ -بَاب تَحْرِيمِ تَصْوِيرِ صُورَةِ الْحَيَوَانِ... -رقم ٢١٠٦ (ج٣/ص١٦٦٥). و أبو داود في سننه -كِتَاب اللِّبَاسِ -بَاب في الصُّوَرِ -رقم٤١٥٢(ج٤/ص٧٢). و النسائي في السنن الكبرى- كتاب الصيد والذبائح -باب امتناع الملائكة من دخول بيت فيه كلب -رقم٤٧٩٢ بلفظ "قال الملائكة لا تدخل بيتا فيه صورة ولا كلب ولا جنب"(ج٣/ص١٤٨).

4 - الأنعام: ١٤٥.

5 - في(ب)" الصادق والباقر "عكس ما بين المعقوفتين.

6 - البحر الزخار (٨ / ٧٥).

7 - نهاية ورقة ١٨٦ من (ب).

8 -أخرجه البخاري في صحيحه- كِتَاب الْبُيُوعِ - بَاب بَيْعِ الْمَيْتَةِ وَالْأَصْنَامِ -رقم٢١٢١ بلفظ" إِنَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ حَرَّمَ بَيْعَ الْخَمْرِ وَالْمَيْتَةِ وَالْخِنْزِيرِ وَالْأَصْنَامِ. (ج٢/ص٧٧٩).

9 - في سننه - كتاب الْإِجَارَةِ -بَاب في ثَمَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْتَةِ -رقم٣٤٨٥. (ج٣/ص٢٧٩) وهو صحيح كما قال الألباني أنظر صحيح الترغيب والترهيب - (٢ / ٢٩٧).

10 - الزيادة من (ب).

11 - أخرجه أبو داود - كتاب الْإِجَارَةِ -بَاب في ثَمَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْتَةِ. -٣٤٨٨ (ج٣/ص٢٨٠). والحديث صحيح كما قال الألباني في صحيح الترغيب والترهيب - (٢ / ٢٩٧).

12 - أخرجه مسلم في صحيحه - كِتَاب الْمُسَاقَاةِ - بَاب تَحْرِيمِ بَيْعِ الْخَمْرِ -رقم ١٥٧٩ (ج٣/ص١٢٠٦).

وفي حديث أخرجه البخاري وغيره عن عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وآله " حَرَّمَ التِّجَارَةَ في الْخَمْرِ "[1] إلى غير ذلك.

فـــــرع: فإن باعها ذمي لمسلم لم يصح عند العترة والشافعي لما تقدم.

وقال ح: يجوز ذلك إذ هو عقد صدر[2] ممن له ولاية فجاز كما لو كان المالك ذمياً.

لنا: أبيحت للذمي فافترقا .

فـــــرع: وكذا لا يجوز بيع غير الخمر مما هو مسكر مطرب.

قيل: إلا إذا كان ظاهر كالجوزة والأفيون [3] ونحوهما فإنه يجوز بيعه للانتفاع به فيما يباح[4] لا فيما يحظر [5].

وقول المؤلف عليلم:"غالباً "احتراز من بيع العبد الكافر[6] فإنه [يجوز] [7] ويصح كونه نجساً على المذهب.

مســـــألة: ولا يجوز بيع ماء الفحل للضراب عند العترة والفريقين، وهو أن يؤجر الفحل من أي البهائم المملوكة بأجرة للانزاء به على الأنثى من نوعه طلباً للنسل، والوجه في عدم صحة بيعه[8] أنه يتضمن بيع منيّه وهو معدوم، ونجس من غير المأكول أيضاً [9]، وقد ورد النهي عنه كما في حديث ابن عمر قال نهى رسول الله صلى الله عليه وآله [وسلم][10] "عن عَسْبِ الْفَحْلِ " أخرجه البخاري ومسلم وغيرهما[11].

وعن مالك وبعض أصحاب ش: يجوز ذلك للضروة ولحديث أنس أن أَنَّ رَجُلًا من كِلَابٍ[12] سَأَلَ النبي صلى الله عليه وآله عن عَسْبِ الْفَحْلِ فَنَهَاهُ فقال [يا][1] يا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّا

---

1 - أخرجه البخاري في صحيحه- كِتَاب الْبُيُوعِ -بَاب آكِلِ الرِّبَا وَشَاهِدِهِ وَكَاتِبِهِ -رقم١٩٧٨ (ج٢/ص٧٣٤).

2 - في (أ)"شدد".

3 - عُصَارَةٌ تستخرج من الحشيش تُستَخْدَمُ لِلتَّخْدِيرِ والتَّنْوِيم.

4 - في (أ)"يباع".

5 - البحر الرائق - (٣ / ٢٦٦) و شرح مختصر خليل للخرشي - (١ / ٣٧٥) .

6 - "لأن نجاسته ليست للعين بل لأمر يمكن إزالته "تعليق في الحاشية من (ب).

7 - الزيادة من (أ).

8 - في (ب)"ذلك".

9 - في (ب)"ذلك". شرح الأزهار - (٣ / ٣٣)

وهو أن يؤجر لإنكاح البهايم لأنه يتضمن بيع منيه وهو معدوم

10 - الزيادة من (ب).

11 - أخرجه البخاري في صحيحه-كِتَاب الْإِجَارَةِ - بَاب عَسْبِ الْفَحْلِ -٢١٦٤ (ج٢/ص٧٩٧).و مسلم في صحيحه -كِتَاب الْمُسَاقَاة - بَاب تَحْرِيمِ فَضْلِ بيع الْمَاءِ ... وتَحْرِيمِ بَيْعِ ضِرَابِ الْفَحْلِ -رقم١٥٦٥ (ج٣/١١٩٧)و أبو داود في سننه -كِتَاب الْإِجَارَةِ -بَاب في عَسْبِ الْفَحْلِ –رقم ٣٤٢٩ (ج٣/ص٢٦٧).

12 -حَيٌّ من قُضاعة أو بطن من بطون العرب وكِلابٌ في قريش نسبة إلى كِلابُ بنُ مُرَّةَ وكِلابٌ في هَوازِنَ نسبة إلى كِلابُ بن ربيعةَ بن عامر بن صَعْصَعَة . لسان العرب - (١ / ٧٢٦)بتصرف.

إِنَّا نُطْرِقُ الْفَحْلَ فَنُكْرَمُ [فقال إن كان إكراما فلا بأس][2] [فرخص][3] له في الكرامة" أخرجه الترمذي[4].

قلنا: نقول بموجبه إذ ليس على جهة اللزوم.

فـــــرع: ويكره إنزاء الحمير على الخيل عند العترة لما روي عن علي عليلم قال :" أُهْدِيَتْ لِرَسُولِ اللَّهِ [صلى الله عليه وآله] بَغْلَةٌ فَرَكِبَهَا فقال عَلِيٌّ عليلم يا رسول الله لو حَمَلْنَا الْحَمِيرَ على الْخَيْلِ فَكَانَتْ لنا مِثْلُ هذه قال[5] [رسول اللَّهِ r][6]إنما يَفْعَلُ ذلك الَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ "أخرجه أبو داود والنسائي [7] [8].

مسألة: وأما أرض مكة ودورها فمذهب العترة ومالك، وإحدى الروايتين عن ح أنه لا يجوز بيعها ولا إجارتها، لقوله تعالى(سَوَاء الْعَاكِفُ فِيهِ وَالْبَادِ)[9] الضمير للمسجد الحرام، والمراد به الحرم المحرم على الصحيح وقوله صلى الله عليه وآله " لا يحل بيع بيوت مكة ولا إجارتها "[10].

وقوله صلى الله عليه وآله" من أكل من أجر بيوت مكة شيئاً فإنما أكل الربا" [11]حكاهما في الشفاء [12].

وعن عائشة قالت: فقلت[13] يا رَسُولَ اللَّهِ ألا نَبْنِي لك بَيْتًا يُظِلُّكَ [من الشمس فقال إنما هو] [14]مناخ لمن[15] سبق [إليه] [16]

---

1 -الزيادة من (أ).

2 -مابين المعقوفتين زيادة من المخطوط وليست موجودة في رواية الترمذي .

3 -سقط من (أ).

4- في سننه -كتَاب الْبُيُوعِ -بَاب ما جاء في كَرَاهِيَةِ عَسْبِ الْفَحْلِ - قال أبو عِيسَى هذا حَدِيثٌ حَسَنٌ غَرِيبٌ لَا نَعْرِفُهُ إلا من حديث إبراهيم بن حُمَيْدٍ عن هِشَامِ بن عُرْوَةَ -رقم١٢٧٤. (ج٣/ص٥٧٣).

5 - في المخطوط "فقال".

6 - سقط من المخطوط .

7 -أخرجه أبو داود في سننه -أول كتَاب الْجِهَادِ -بَاب في كَرَاهِيَةِ الْحُمُرِ تنزي على الْخَيْلِ-رقم٢٥٦٥ (ج٣/ص٢٧).و النسائي في السنن الكبرى - كتاب الخيل -التشديد في حمل الحمير على الخيل -رقم٤٤٢١ (ج٣/ص٤٠).

8 - البحر الزخار (٨ / ٩١).

9 - الحج: ٢٥.

10 - فتح الباري - باب فضل الحرم -(ج٣/ص٤٥٠) وعمدة القاري -بابُ تَوْرِيثِ دُورِ مَكَّةَ وبَيْعِهَا وشِرَائِهَا وَأَنَّ النَّاسَ فِي مَسْجِدِ الحَرَامِ سَوَاءٌ خاصَّةً (ج٩/ص٢٢٥).و كتاب شفاء الأوام - (٢ / ٣٦٩).

11 - أخرجه الدار قطني في سننه–كتاب البيوع –رقم ٢٢٤.والحديث موقوف كما قال الدار قطني (ج٣/ص٥٧).

12 - كتاب شفاء الأوام - (٢ / ٣٦٩).

13 - في السنن "فقلنا".

14 - في السنن " بِمِنًى قال لَا مِنًى "بدل مابين المعقوفتين.

15 -في السنن "من"بدل لمن.

16 -الزيادة من المخطوط .

أخرجه الترمذي [1].

وذهب ش وأبو يوسف إلى جواز ذلك، إذ هي ملك لأهلها لقوله [تعالى] [2] "[لِلْفُقَرَاء] [3] الْمُهَاجِرِينَ الَّذِينَ أُخْرِجُوا مِن دِيارِهِمْ "[4]فأضاف الديار إليهم[5].

قلنا: الإضافة لا تقتضي الملك إذ تكون لأدنى ملابسة، كسرج الدابة وكوكب الخرقاء[6] قالوا لم ينقض صلى الله عليه وآله بيع عقيل لمنازله حين افتتح مكة.

قلنا: الوارد في ذلك ما رواه أسامة[7] قال قلت يا رَسُولَ اللَّهِ أَيْنَ تَنْزِلُ غداً في دَارِكَ بِمَكَّةَ فقال وَهَلْ تَرَكَ عَقِيلٌ من رِبَاعٍ أو دُورٍ وكان عَقِيلٌ وَرِثَ أَبَا طَالِبٍ هو وَطَالِبٌ ولم يَرِثْهُ جَعْفَرٌ ولا عَلِيٌّ شيئا لِأَنَّهُمَا كَانَا مُسْلِمَيْنِ وكان عَقِيلٌ وَطَالِبٌ كَافِرَيْنِ" هذا طرف من حديث أخرجه البخاري ومسلم[8] ولا دلالة فيه للمخالف، قالوا روى عمر بن الخطاب أمر نافع بن عبد الحارث[9] أن يشتري داراً بمكة للسجن من صفوان بن أمية[10] فاشتراها بأربعة آلاف درهم" حكاه في أصول الأحكام والشفاء[11] واشترى معاوية[12] دار الندوة من

---

1 -أخرجه الترمذي في سننه - كِتَاب الْحَجِّ - بَاب ما جاء أَنَّ مِنًى مُنَاخُ من سَبَقَ -رقم٨٨١ بلفظ "عن عَائِشَةَ قالت قُلْنَا يا رَسُولَ اللَّهِ ألا نَبْنِي لك بَيْتًا يُظِلُّكَ بِمِنًى قال لَا مِنًى مُنَاخُ من سَبَقَ "قال أبو عِيسَى هذا حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ. (ج٣/ص٢٢٨).

2 - الزيادة من (ب).

3 - الزيادة من (أ).

4 - الحشر: ٨.

5 - شرح الأزهار - (٣ / ٣٣)و تبيين الحقائق - (٦ / ٢٩)وأسنى المطالب في شرح روض الطالب (٢ / ٤١) .

6 -الخرقاء اسم المرأة التي في عقلها خفة وبها حماقة نسب الكوكب إليها لظهور جدها في تهيئة ملابس الشتاء بتفريقها قطنها في قرائبها ليغزل لها في زمان طلوعه الذي هو ابتداء البرد . (دستور العلماء أو جامع العلوم في اصطلاحات الفنون للقاضي عبد رب النبي بن عبد رب الرسول الأحمد نكري- دار الكتب العلمية - لبنان / بيروت - ١٤٢١ هـ - ٢٠٠٠ م- الطبعة : الأولى-تحقيق : عرب عباراته الفارسية: حسن هاني فحص (٣ / ١٠٧).

7 - هو أسامة بن زيد بن حارثة، من كنانة عوف، أبو محمد: صحابي جليل ، ولد بمكة، ونشأ على الإسلام (لان أباه كان من أول الناس إسلاما) وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يحبه حبا جما وينظر إليه نظره إلى سبطيه الحسن والحسين، وهاجر مع النبي صلى الله عليه وسلم إلى المدينة، وأمره رسول الله، قبل أن يبلغ العشرين من عمره، فكان مظفرا موفقا.و توفي في آخر خلافة معاوية في دمشق سنة ٥٤هـ.الأعلام للزركلي - (١ / ٢٩١) .

8 -أخرجه البخاري في صحيحه - كِتَاب الْحَجِّ -بَاب تَوْرِيثِ دُورِ مَكَّةَ وَبَيْعِهَا وَشِرَائِهَا... -رقم١٥١١(ج٢/ص٥٧٥) .و مسلم في صحيحه - كِتَاب الْحَجِّ -بَاب النُّزُولِ بِمَكَّةَ لِلْحَاجِ وَتَوْرِيثِ دُورِهَا -رقم١٣٥١. (ج٢/ص٩٨٤) .

9 -هو نافع بن عبد الحارث الخزاعي صحابي، من الأمراء.أسلم يوم الفتح، وأقام بمكة،ثم ولاه عمر بن الخطاب إمارتها مدة قصيرة .(الأعلام للزركلي - (٨ / ٥).

10 - صفوان بن أمية بن خلف بن وهب القرشي الجمحي المكي.أسلم بعد الفتح، وروى أحاديث، وحسن إسلامه، وشهد اليرموك أميرا على كردوس.(سير أعلام النبلاء - (٢ / ٥٦٢).

11 - كتاب شفاء الأوام - (٢ / ٣٧٠)ولم أجده في أصول الأحكام .

12-هو معاوية بن أبى سفيان بن حرب، دعا له النبي بعلم الحساب والوقاية من العذاب ، أسلم يوم الفتح وقيل قبل ذلك ، ولاه عمر على الشام وأقره عثمان مدة ولايته ، ثم تولى الخلافة ، قال ابن إسحاق كان معاوية أميراً عشرين سنة ، وخليفة عشرين سنة ، توفي في رجب سنة ستين، وقيل سنة تسع وخمسين . (التاريخ الكبير (٣٢٨/٧) وتهذيب التهذيب ١٨٧/١٠) و البداية والنهاية لإسماعيل بن عمر بن كثير القرشي أبي الفداء - مكتبة المعارف – بيروت(٨ / ١١٧).

حكيم بن حزام[١] بمائة ألف درهم لأنه جاء الإسلام وهي بيده ولما باعها قال له ابن الزبير بعت مكرمة [٢] [٣/] قريش فقال له حكيم ذهبت المكارم إلا التقوى"[٤] وكذلك سائر السلف ولم ينكر.

قلنا: محمول على أنهم باعوا الْخَشَبَ وَالْآجِرَ لَا الْعِرَاص[٥] جمعاً بين الأدلة، ولأن سلمنا فليس بحجة إذ لا إجماع وأما ما رواه ابن جرير الطبري[٦] في تاريخه، حيث قال وفي سنة سبع عشرة اعتمر عمرو بني المسجد الحرام ووسع فيه وأقام بمكة عشرين ليلة، وهدم على قوم أبوا أن يبيعوا ووضع أثمان دورهم في بيت المال حتى أخذوها [٧].

فيصلح حجة للمذهب لا عليه والله أعلم .

وحكم أشجار الحرم حكم أرضه كما تقدم وأما دور المدينة وضياعها فلا خلاف في جواز بيعها لعموم الأدلة والله أعلم.

مســــألة: ويجوز بيع ما ينفع قليله وإن كان كثيره يقتل كالزعفران[٨]، لا ما يقتل كثيره وقليله كالسموم، ولا يجوز بيع الأصنام و لا آلات الملاهي إلا بعد رضها إذا كان لها قيمة بعد الرض كما وفيها نفع لما تقدم [والله أعلم] [٩].

قوله عليلم: **و"يرد القابض إلا نحو صبي ما تلف** " يعني ولأجل كون الأشياء المذكورة لا يصح بيعها يجب على من قبض الثمن من المشتري أن يرده إليه إن كان باقياً بعينه وإن كان قد تلف فمثله إن كان مثلياً أو قيمته إن كان قيمياً إلا إذا كان القابض صبياً أو أعجمياً أو أعرابياً أو أخرس أصلياً جاهلين للأحكام وهو مراده بنحو الصبي فإنهم جميعاً لا يضمنون ما قبضوه من الثمن إذا كان قد تلف ولو أتلفوه بأنفسهم إذ صار إليهم برضا المالك فأشبه المباح فإن كان الثمن باقياً أو بعضه أخذ منه.

---

1 - حكيم بن حزام بن خويلد بن أسد بن عبد العزى، أبو خالد، صحابي، قرشي.وهو ابن أخي خديجة أم المؤمنين. ،كان صديقا للنبي صلى الله عليه وسلم قبل البعثة وبعدها.وعمر طويلا، قيل ١٢٠ سنة.وكان من سادات قريش في الجاهلية والإسلام، عالما بالنسب. أسلم يوم الفتح، و توفي بالمدينة.الأعلام للزركلي - (٢ / ٢٦٩).

2 - في (ب)" مكرمك".

3 - نهاية ورقة ١٩٤ من (ب).

4 - البداية والنهاية - (٨ / ٦٩).

5 - العرصة: كل بقعة بين الدور واسعة ليس فيها بناء، والجمع العراص والعرصات.الصحاح للجوهري (٤ / ١٨١).

6 - هو محمد بن جرير بن يزيد الطبري، أبو جعفر: المؤرخ المفسر الإمام ولد في آمل طبرستان، واستوطن بغداد وتوفي بها سنة ٣١٠هـ.وعرض عليه القضاء فامتنع، والمظالم فأبى . الأعلام للزركلي - (٦ / ٦٩).

7 - تاريخ الأمم والرسل والملوك لمحمد بن جرير الطبري أبي جعفر- دار الكتب العلمية – بيروت –ط١/ ١٤٠٧هـ (٢ / ٤٩٢).

8 - الزعفران: نبات بصلي معمر من الفصيلة السوسنية منه أنواع برية ونوع صبغي طبي مشهور . المعجم الوسيط ــ (١ / ٣٩٤).

9 - الزيادة من (أ).

قال في الغيث: وجعل "ط" في ظاهر كلامه الأعجمي كالصبي لجهله بالشرائع وفي ذلك نظر، لأن الجهل في هذا لا تأثير له، وإلا لزام في العربي الجاهل للشرائع، وقد تأول الفقيه ل كلامه، وجملة على مثل [كلامهم] [١] ما ذكرنا من أن الذي لا يرجع عليه بالتآلف إنما هو الصبي دون الأعجمي فيرجع عليه انتهى [٢].

وأما المؤلف عليلم فاختار إبقاء كلام "ط" [على ظاهره] [٣] لمشاركة الأعجمي الجاهل للشرائع في العلة وهي الجهل بالشرائع قال وكذا[/٤] غير الأعجمي إذا كان ناشئاً في جهة يغلب على أهلها الجهل بأحكام الشرائع ولم يكن قد تمكن من التعلم للأحكام لأن تعلمها واجب عليه مع التمكن ويجب على الله أن يلهمه[٥] ذلك هذا حاصل ما نقل عن المؤلف عليلم ومفهومه أن العجمي ونحوه إذا كان قد تمكن من تعلم الأحكام ضمن التألف ولم يكن جهله عذراً في ذلك كما ذكره الإمام المهدي عليلم .

قوله عليلم:" **فإن عاب لحكم فالمبيع إن دلس ويرجع**" يعني فإن غاب البايع لأي الأشياء [المذكورة] [٦] عيبه معتبره لصحة الحكم على الغائب رجع المشتري بالثمن على المبيع حيث هو آدمي مكلف ووقع منه تدليس بأنه عبد مملوك ويكفي في تدليسه عدم أخباره بأنه حر على الأصح وإذا رجع المشتري على المبيع المدلس بالثمن وغرمه له كان له أن يرجع على قابض الثمن [بما][٧] غرمه للمشتري.

قيل [ع] [٨] ي: وظاهر كلام أهل المذهب أنه يرجع بما غرمه للمشتري سواء نوى الرجوع أم لا ما لم ينو التبرع، وسواء سلم[٩] ذلك بحكم أم لا، [ذكره النجري في شرحه، ومثله للفقيه ع على ظاهر كلام أهل المذهب، قال] [١٠]وهذا مخالف للأصول إذ لا ولاية له على البايع إلا إن تناول [على] [١١] أنّ ذلك كان بحكم حاكم أو أنه نوى الرجوع انتهى [١٢].

---

1 - الزيادة من (ب).
2 - الغيث المدرار ج٣(خ) .
3 - الزيادة من (أ).
4 - نهاية ورقة ١٩٤ من (ب).
5 - في (ب)"يعلمه".
6 - الزيادة من(ب).
7 - الزيادة من (أ).
8 - الزيادة من (ب).
9 - في (ب)"علم".
10 - سقط من (ب).
11 - الزيادة من (ب).
12 - شرح النجري (خ) .

فإن قيل: المدلس فاعل سبب والبايع القابض للثمن مباشر والمذهب أنه لا حكم لفاعل السبب مع المباشر فالجواب أن ذلك مخصوص بما ورد عن علي عليلم كما سيأتي وهو توقيف وقد أفادت عبارة الأثمار بمفهوم الشرط أن قابض الثمن إن لم يغب غيبة يجور فيها الحكم عليه أو لم يكن من المبيع تدليس فإنه لا رجوع للمشتري عليه وذلك واضح.

وعن ش: أنه لا رجوع على المبيع وإن دلس،[١] وإنما عدل المؤلف [عليلم] [٢]عن قوله في الأزهار "منقطعة" [٣]إلى قوله" لحكم" لأن المنقطعة مختلف في تفسيرها، وكذا عدل المؤلف عن قوله في الأزهار "فالمدلس"[٤] إلى قوله "فالمبيع "لأن إطلاق المدلس يوهم عموم كل مدلس وإن لم يكن هو المبيع وليس كذلك .

قوله عليلم: " **ويؤدب عالم حينها** " أي يؤدب المقدم على ما ذكر العالم بتحريمه وسواء في ذلك البايع والمشتري، والمبيع المختار لذلك، ويكون تأديبه بحسب حرمة بيع تلك المبيعات، وعلى قدر تفاوتها في المفسدة، فالتأديب على بيع الحر أشد من التأديب على ما بعده، وتأديب المكلف العالم أشد من تأديب غيره، وهذا الاعتبار مزيد من المؤلف عليلم.

والأصل في ذلك ما روي عن علي عليلم ولفظه في الشفا، وروى الهادي [إلى الحق][٥] عليلم بإسناده "أن رجلاً باع نفسه في ولاية عمر، فلما اشتد عليه البلاء أتى عمر، وقال: إني رجل حر، فقال:له عمر أبعدك الله أنت الذي وضعت نفسك فقال له علي بن أبي طالب عليه السلام أنه ليس على حر ملكة، فاضربه ضرباً شديداً والبائع له وأمر المشتري أن يتبع البائع بالثمن فإن كان في أفق من الآفاق فاستسعه أما إني أقول لك ذلك لأنه قد حنكته السن، فلو كان صبياً صغيراً، أو أعجمياً مستسفهاً لم أضربه ولم استسعه [٦] انتهى [٧].

وإنما أخر المؤلف عليلم قوله في ويرد القابض إلى آخره بخلاف ما في الأزهار من تقديم[٨] ذلك لأن هذه الأحكام راجعة إلى بيع جميع تلك الأشياء التي [هي][٩] في هذه الفصل فلا وجه لتخصيصها ببيع الحر .

---

1 - الأم - (٦ / ٢١٠).
2 - الزيادة من أ).
3 - الأزهار - (١ / ٩٢).
4 - المرجع السابق.
5 - الزيادة من (أ).
6 - في (ب)"يستسعه".
7 - كتاب شفاء الأوام - (٢ / ٣٧١) ولم أعثر عليه في بقية كتب الحديث .
8 - في (ب)"يقدم".
9 - الزيادة من (ب).

" **فصـــــل**"

[بيع ما لا نفع فيه]

ولا يصح فيما لا نفع فيه في الأغلب أو لَا قِيمَةَ لَهُ أو امتنع تسليمه شرعاً أو عاده " أي لا يصح البيع فيما [لا ينتفع به][1]أي انتفاع كالدمع والبصاق والهوام والحرشات.

قال ط: وكذا لبن الآدميات لأن العادة لم تجر ببيعه، والصحيح ما ذكره أبو ع للمذهب، وهو قول ش أنه يجوز بيعه لأنه ظاهر منتفع به، فيجوز بيعه بعد انفصاله كسائر المائعات[2].

وأما لبن ما لا يؤكل كالخيل والأتان[3].

قال في الغيث: والأقرب صحة بيعه يعني لينتفع به في سقيه صغارها والله أعلم [4].

وكذا سائر السباع وغيرها مما الغالب عدم الانتفاع [به] [5] في الحال ولا في المال.

وقوله "في الأغلب" معناه أنه لا عبرة بالنفع النادر فإن من الحرشات ما قد ينتفع به في الأدوية ومن السباع ما يتخذه الملوك لإظهار الهيبة والأبهة فلا عبرة بذلك النفع لندوره فلا يصح بيع ما ذكر حاله ومفهوم قوله [/٦] لا نفع فيه أنه يصح بيع ما فيه أي نفع في الحال أو المال من الحيوانات المملوكة كصغارها وكذا ما يلتذ بصوته كالبلبل والبغباء أو بصورته كالطاووس، ويصح بيع الفيل لأنه قد تقاتل عليه، والهر الإنسي لنفعه لا الوحشي إذ لا ينتفع به، ولا[7] يصح بيع ما لا قيمة له، وإن كان ملكاً لبائعه كالحبة والحبتين من الطعام ونحو ذلك، وإن كانتا قد ينفعان حيث يجعلان في الفخ[8].

وكذا لا يصح بيع ما يتعذر تسليمه شرعاً وإن كان ينتفع به وله قيمة، وذلك كالوقف فإن الوقف المحكوم بصحته لا يصح بيعه أبداً إلا إذا بلغ حدا لا يمكن الانتفاع به معه في المقصود به أو نحو ذلك كما سيأتي، وكذلك ما يتعذر تسليمه في العادة، كالطير في الهواء، فإنه [لا] [9]يصح بيعه وإن كان يعتاد الرجوع كالحمام المؤلف، وأما إذا كان في برجه فإن

---

1 - في (ب)" لا نفع فيه "بدل ما بين المعقوفتين.

2 - البحر الزخار (٨ / ١٢٣).

3 - في المخطوط "الأتن". والأتان هي أنثى الحمار. الصحاح للجوهري (٦ / ٣٤٥).

4 - الغيث المدرار ج٣ (خ).

5 - الزيادة من (ب).

6 - نهاية ورقة ١٩٥من (ب).

7 - في (ب) "فلا".

8 -الفَخُّ : المِصْيَدَةُ ج : فِخَاخٌ وفُخوخٌ .القاموس المحيط - (١ / ٣٢٨) .

9- الزيادة من (أ).

كان البرج مغلقاً ويمكن قبضه منه من دون تصيد صح بيعه، وإن كان البرج مفتوحاً أو مغلقاً ويحتاج في قبض المبيع إلى تصيد لسعة البرج لم يصح البيع، وكذلك الحوت في الماء إن احتاج إلى تصيد لم يصح بيعه وإن أمكن قبضه من دون تصيد صح بيعه، وذلك لورود النهي عن بيع الغرر، كما رواه أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وآله "نهى عَنْ بَيْعِ الْغَرَرِ وعن بَيْعِ الْحَصَاةِ "أخرجه مسلم وأبو داود والترمذي والنسائي [١].

ومعنى الغرر: التردد في حصول المبيع، وهذا في الطير والحوت اللذين قد صيدا وملكا ثم أرسلا، وأما ما لم يكن قد صيد منهما فلا يصح بيعه مطلقا عند الهادي عليلم، لأنه لا[٢] يملك ويأتي على أصل م بالله أنه يصح بيعهما، إذا كانا في موضع مملوك للبائع لأنه يملكهما بذلك عنده، وحيث يصح بيع الحوت في الماء ثبت للمشتري في خيار لأن الرؤية في الماء غير مميزة [٣].

فـــــرع: وأما النحل فإن كانت في الهوى لم يصح بيعها كغيرها، وإن كانت[٤] في[٥/أ] الكوارة[٦] أو نحوها مشاهداً صح بيعها مع كوارتها، أو وحده على المذهب.

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف: لا يصح بيعها إلا مع كوارتها أو مع شيء من العسل[٧].

وعلى قولنا إذا بيع النحل وحده لم يدخل معه الكوارة، وما فيها من العسل إلا أن يجري العرف بذلك.

ولا يصح بيع النحل غير المشاهد عند الهادوية، وعلى أصل م بالله يصح مع الحصر، نحو ما أملك من النحل أو ما يأوي إلى هذه الكوارة من النحل [٨].

فـــــرع: وحكم بيع دود القز وبيضه حكم بيع النحل فيما ذكره جميعه فيصح بيعه وحده على المذهب.

1-أخرجه مسلم في صحيحه- كِتَاب الْبُيُوعِ - بَاب بُطْلَانِ بَيْعِ الْحَصَاةِ وَالْبَيْعِ الذي فيه غَرَرٌ- رقم١٥١٣(ج٣/ص١١٥٣). وأبو داود في سننه - كتاب البيوع -بَاب في بَيْعِ الْغَرَرِ -رقم٣٣٧٦ (ج٣/ص٢٥٤). والترمذي في سننه - كِتَاب الْبُيُوعِ -بَاب ما جاء في كَرَاهِيَةِ بَيْعِ الْغَرَرِ -رقم١٢٣٠ (ج٣/ص٥٣٢).و النسائي في السنن الكبرى - كتاب البيوع - بيع الحصاة - رقم٦١٠٩ (ج٤/ص١٧)

2 - في (ب) "لم".

3 -البحر الزخار - (٨ / ٧٨).

4 - في (ب) ""كان.

5 - نهاية ورقة ١٨٨من (أ).

6 - الكوارة : خلية النحل الأهلية ، وجمعها كوارات. المعجم الوسيط ــ (٢ / ٨٠٤).

7 - الاختيار لتعليل المختار - (٢ / ٢٦) .

8 - شرح الأزهار - (٣ / ٣٤) بنحوه .

وعند ح وأبي يوسف لا يصح إلا مع شيء من القز، ويعتبر عند الهادوية أن يكون مشاهداً ويصح عند م بالله مع الحصر وإن لم يكن مشاهداً ونحو ذلك [١].

قوله عليلم: "**وَلَا فِي حَقٍّ أَوْ نحو حَمْلٌ أَوْ لَبَنٌ لَمْ يَنْفَصِلَا** " أما الحق فنحو حق الشفعة وحق مرور الماء أو الرجل ووضع الجذوع على الحائط ونحو ذلك فإن بيعه لا يصح إذ لا يتناول العقد عيناً ينتفع بها وإنما يتناول أمراً معنوياً يتعلق بالعين وأما الحمل ونحوه وهو اللبن في الضرع، والبيض ونافجة المسك قبل انفصالها، فلأنها من المضامين التي ورد النهي عن بيعها، كما أخرجه الموطأ عن ابن شهاب أن سعيد بن المسيب كان يقول لا ربا في الحيوان فإن رسول الله صلى الله عليه وآله "إنما نهى في بيع الحيوان عن ثلاث: المضامين، والملاقيح وحبل الحبلة"[٢] فالمضامين ما في بطون إناث الإبل، والملاقيح ما في ظهور الجمال، وحبل الحبلة هو بيع الجزور إلى أن ينتج الناقة ثم ينتج الذي في بطنها انتهى[٣].

واللبن وما بعده مقيس على ذلك والوجه في عدم الصحة في جميعها أنه غرر إذ هو حكم المعدوم .

وقيل: إذا[٤] باع من اللبن قدراً معلوماً وكان الذي في الضرع أكثر جاز.

قال في الغيث: وهذا بعيد لعموم النهي ولأن المبيع تخليط بالحادث فلا يتميز [٥].

فـــــرعٌ: وكما أنه لا يصح بيع الحمل ونحوه لا يصح هبته ولا التصدق به ولا التكفير به ولا جعله مهراً ويصح النذر به والإقرار والوصية وجعله عوض خلع لأن هذه الأشياء يقبل الجهالة.

قوله عليلم: " **أَوْ ثَمَرٌ قَبْلَ صَلَاحِهِ م غالباً** "أي لا يصح بيع الثمار [قبل ظهورها وذلك إجماع إذ هي معدومة ولا بعد ظهورها] [٦] قبل أن تصير إلى حال ينتفع بها ولو شرط البقاء حتى ينفع لما تقدم في أول الفصل ولذلك حذف المؤلف[عليلم] [٧] قوله في الأزهار" قَبْلَ نَفْعِهِ"[٨] استغناء[١] بما تقدم.

---

1 - البحر الزخار (٨ / ١٢٢) و الاختيار لتعليل المختار - (٢ / ٢٦).

2 - أخرجه البزار في مسنده - مسند ابن عباس رضي الله عنهما -رقم٤٨٢٨ (٢ / ١٦٩). وفي إسناده ضعف. ينظر التلخيص الحبير (٣ / ٢٩).

3 - البدر المنير - (٦ / ٤٩٤).

4 - في (ب) "أنه".

5 - الغيث المدرار ج٣(خ) .

6 - الزيادة من (ب).

7 - الزيادة من (أ).

8 - الأزهار - (١ / ٩٣).

[و] [٢] قال أبو مضر:[لا] [٣] يصح بيعها قبل نفعها [وأما بعد نفعها] [٤] وقبل صلاحها فظاهر إطلاق القاسم والهادي أنه لا يصح بيعها سواء شرط القطع أم البقاء أم لم يشرط أيهما.

وقال زيد وم بالله وأبو حنيفة والشافعي يصح إذا شرط قطعها لا إذا شرط بقاؤها[٥][٦].

قال م بالله وح: وكذا يصح مع الإطلاق ثم يؤمر بقطعها وقواه المؤلف عليلم بقوله "غالباً "احتراز مما ذكر [٧].

وقال ص بالله: يصح إذا شرط قطعها أو بقاؤها[٨] مدة معلومة ومعنى الصلاح هنا أن يأخذ الثمر ألوانه ويشتد الحب ويطيب أكثر العنب ونحوه والأصل في ذلك نحو ما في حديث جابر أن النبي صلى الله عليه وآله" نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها نهى البايع والمبتاع"[٩]، وفي رواية أخرى نهى النبي صلى الله عليه وآله" عن بَيْعِ الثَّمَرَةِ حتى يَبْدُوَ صَلَاحُهَا وكان إذا سُئِلَ عن صَلَاحِهَا قال [حتى] [١٠] تَذْهَبَ عَاهَتُهُ" أخرجها البخاري ومسلم[١١].

وفي رواية لمسلم قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله:" لا لَا تَبْتَاعُوا الثَّمَرَ حتى يَبْدُوَ صَلَاحُهُ وَتَذْهَبَ عنه الْآفَةُ قال يَبْدُوَ صَلَاحُهُ حُمْرَتُهُ وَصُفْرَتُهُ"[١٢].

---

1 - لكنه يقال لا يدخل هذا فيما تقدم، لأن قوله وما لا نفع به مطلقاً يعني في الحال ولا في المستقبل، وأما الثمر فهو ينفع في المستقبل ولا ينفع في الحال، وبيع الحمار الصغير ونحوه يصح بيعه مع أنه لا نفع به في الحال، وينتفع في المستقبل فحينئذ يكون النهي عن بيع الثمر قبل النفع في الحال مخصوص بالحديث، فكلام الأزهار أولى وأوفى والله اعلم هـ. (تعليق في الحاشية من (ب).

2 - الزيادة من (ب).

3 - سقط من (ب).

4 - سقط من (ب).

5 - في (أ)"بقاها".

6 -العناية شرح الهداية - (٨ / ٤٢٦). وبدائع الصنائع - (٥ / ١٧٣). وإعانة الطالبين - (٣ / ٥٤).
الحاوي الكبير ــ الماوردي - (٥ / ٣٩٣) .

7 - البحر الزخار (٨ / ١٠٢)و شرح الأزهار - (٣ / ٣٦).

8 - في (أ)"بقاها".

9 - أخرجه البخاري في صحيحه- كِتَاب الزَّكَاةِ -بَاب بَيْعِ الثِّمَارِ قبل أَنْ يَبْدُوَ صَلَاحُهَا -رقم٢٠٨٢ (ج٢/ص٧٦٦).

10 - سقط من المخطوط .

11 - أخرجه البخاري في صحيحه- كِتَاب الزَّكَاةِ -بَاب من بَاعَ ثِمَارَهُ أو نَخْلَهُ ...-رقم١٤١٥ (ج٢/ص٥٤١). واللفظ له، وصحيح مسلم -كِتَاب الْبُيُوعِ - بَاب النَّهْيِ عن بَيْعِ الثِّمَارِ قبل بُدُوِّ صَلَاحِهَا بِغَيْرِ شَرْطِ الْقَطْعِ -رقم١٥٣٦ (ج٣/ص١١٦٧).

12 -أخرجه مسلم في صحيحه -كِتَاب الْبُيُوعِ - بَاب النَّهْيِ عن بَيْعِ الثِّمَارِ قبل بُدُوِّ صَلَاحِهَا بِغَيْرِ شَرْطِ الْقَطْعِ- رقم١٥٣٤ (ج٣/ص١١٦٦).

وحديث أنس أن النبي صلى الله عليه وآله "نهى عن بَيْعِ [ثَمَرِ] [1] التَّمْرِ حتى يَزْهُوَ فَقُلْنَا لِأَنَسٍ ما زَهْوُهَا قال تَحْمَرُّ وَتَصْفَرُّ [قال] [2] أَرَأَيْتَ إن مَنَعَ[3] الله الثَّمَرَةَ بِمَ تَسْتَحِلُّ مَالَ أَخِيكَ"[4].

وفي رواية قال: قال النبي صلى الله عليه وآله:" إن لم يُثْمِرْهَا الله فَبِمَ تستحل مال أخيك" أخرجه البخاري ومسلم وغيرهما [5].

وعن جابر أن رسول الله صلى الله عليه وآله نهى أَنْ تُبَاعَ الثَّمَرَةُ [6] حتى تُشَقِّحَ فَقِيلَ ما تُشَقِّحُ قال تَحْمَارُّ وَتَصْفَارُّ وَيُؤْكَلُ منها"أخرجه البخاري ومسلم وأبو داود،[7] وعن أنس أن رسول الله صلى الله عليه وآله " نهى عن بَيْعِ الْعِنَبِ حتى يَسْوَدَّ وَعَنْ بَيْعِ الْحَبِّ حتى يَشْتَدَّ " أخرجه أبو داود والترمذي [8]، وفي ذلك روايات وأحاديث أخر.

قوله عليلم: " **وَلَا بَعْدَه بِشَرْطِ الْبَقَاءِ غالباً** " أي ولا يصح بيع الثمر بعد صلاحه بشرط بقائه على شجرة وإن[9] لم يشرط بقاؤه [10/]صح بيعه وحاصل الكلام [في ذلك] [11] أنه إن اشترط القطع صح بيعه وفاقاً، وإن اشترط بقاؤه فظاهر قول الأخوين وأحد قولي ع لا يصح البيع، وأحد قوليه أنه يصح وإن أطلقا، فظاهر المذهب أن البيع يصح ويؤمر المشتري بقطعه[12].

1- سقط من المخطوط .

2- الزيادة من المخطوط .

3- في (أ)"أمنع" والصحيح ما أثبته.

4-أخرجه البخاري في صحيحه -كِتَاب الْبُيُوعِ - بَاب من بَاعَ نَخْلًا قد أُبِّرَتْ أو أَرْضًا مَزْرُوعَةً. -رقم٢٠٩٤(ج٢/ص٧٦٨).

5 - الجمع بين الصحيحين–باب المتفق عليه من مسند أنس بن مالك -رقم١٩٦٤. لمحمد بن فتوح الحميدي، - دار ابن حزم - لبنان/ بيروت - ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م، ط ٢، تحقيق: د. علي حسين البواب(ج٢/ص٥٨٨) ومسلم في صحيحه-كِتَاب الْمُسَاقَاةِ - بَاب وَضْعِ الْجَوَائِحِ-–رقم ١٥٥٥ بلفظ " إن لم يُثْمِرْهَا الله فَبِمَ يَسْتَحِلُّ أحدكم مَالَ أَخِيهِ (ج٣/ص١١٩٠) "و أبو داود في سننه -كتاب الْإِجَارَةِ - بَاب في وَضْعِ الْجَائِحَةِ -رقم٣٤٧٠ (ج٣/ص٢٧٦) .

6 - في (أ)"الثمر" والصحيح ما أثبته.

7 - أخرجه البخاري في صحيحه - كِتَاب الزَّكَاة –باب بَيْعِ الثِّمَارِ قبل أَنْ يَبْدُوَ صَلَاحُهَا -رقم٢٠٨٤ (ج٢/ص٧٦٦). و مسلم في صحيحه -كِتَاب الْبُيُوعِ -بَاب النَّهْيِ عن الْمُحَاقَلَةِ وَالْمُزَابَنَةِ وَعَنْ الْمُخَابَرَةِ وَبَيْعِ الثَّمَرَةِ قبل بُدُوِّ صَلَاحِهَا... -رقم١٥٣٦ (ج٣/ص١١٧٥) وأبو داود في سننه -كتاب البيوع -بَاب في بَيْعِ الثِّمَارِ قبل أَنْ يَبْدُوَ صَلَاحُهَا -رقم٣٣٧٠ (ج٣/ص٢٥٣).

8 -أخرجه أبو داود في سننه -كتاب البيوع -بَاب في بَيْعِ الثِّمَارِ قبل أَنْ يَبْدُوَ صَلَاحُهَا -رقم٣٣٧١ (ج٣/ص٢٥٣).و الترمذي في سننه -كِتَاب الْبُيُوعِ -بَاب ما جاء في كَرَاهِيَةِ بَيْعِ الثَّمَرَةِ حتى يَبْدُوَ صَلَاحُهَا -رقم١٢٢٨. قال أبو عِيسَى: هذا حَدِيثٌ حَسَنٌ غَرِيبٌ لَا نَعْرِفُهُ مَرْفُوعًا إلا من حديث حَمَّادِ بن سَلَمَةَ . (ج٣/ص٥٣٠). وصححه الألباني في الإرواء - (٥ / ٢١١) .

9 - في (أ)"فإن".

10 - نهاية ورقة ١٩٦ من (ب).

11 - الزيادة من (ب).

12 - البحر الزخار (٨ / ١٠٣)و شرح الأزهار - (٣ / ٣٦) .

وقوله: "غالباً" احتراز من صورتين إحداهما من الطرد والأخرى من العكس، أما التي من الطرد فهي تلفيق الأستاذ[١]، وهو أن البيع يصح مع اشتراط البقاء مدة معلومة ولا تصح حيث المدة مجهولة.

قيل ح: وهو المعمول عليه واختاره المؤلف عليلم، وأما التي من العكس فنحو أن لا يشرط[٢] البقاء لكن جرى العرف ببقائه مدة مجهولة، فإن البيع لا يصح ذكره الفقيه ع، واختاره المؤلف عليلم، وإن كان ثمة عرف بالبقاء مدة معلومة صح لأن العرف كالشرط[٣].

قال في الغيث: وإذا أشترط القطع وتراضيا بعد ذلك بالبقاء صح وفاقاً [٤].

قوله عليلم " **وَلَا فِيمَا يَخْرُجُ شَيْئًا فَشَيْئًا**" كالبقول والورد والقثاء والباذنجان ونحوها فإن بيعها لا يصح حتى تظهر كلها فإن باعها قبل ذلك لم يصح لتضمنه بيع المعدوم وسيأتي الخلاف في بيع المعدوم هل باطل أم فاسد وإن بيع الموجود والمعدوم معاً يقتضي فساد بيع الموجود كالمعدوم هذا هو المذهب، وقال ك إذا ظهرت الثمرة الأولى صح بيعها مع التي لم تظهر .

قوله عليلم: " **وَيَصِحُّ اسْتِثْنَاءُ هَذِهِ مُدَّةً مَعْلُومَةً غالباً** "يعني أنّ هذه الأشياء التي ذكرها أنه لا يصح بيعها وهي الحق والحمل واللبن اللذين لم ينفصلا ونحوهما وكذا الثمر الذي لم يصلح وما يخرج شيئاً فشيئاً فإنه يصح أن يستثنيها البايع وإن لم يصح بيعها وإنما صح استثناؤها مدة معلومة في غير الحق فإن كانت[/٥] المدة مجهولة فسد البيع وأما[٦] استثناء الحق فيصح معه البيع ولو جهلت المدة.

فقوله "غالباً "احتراز من طرد وعكس أما الطرد فنحو أن يبيع البهيمة ويستثنى حملها مدة معلومة وليست حاملاً في الحال فإن ذلك لا يصح لأنه يؤدي إلى الشجار في وقت إنزاء الفحل .

---

1 - هو إسماعيل البستي وسبقت ترجمته .والمراد بلفق "أن قول زيد حيث المدة معلومة ومراد الأخوين حيث هي مجهولة" ينظر حاشية شرح الأزهار - (٣ / ٣٦).
2 - في (ب)"يشترط".
3 - شرح الأزهار - (٣ / ٣٦) .
4 - الغيث المدرار ج٣(خ) .
5 - نهاية ورقة ١٨٩ من (ب).
6 - في (ب)"فأما".

قيل ف: ويحتمل أن يصح ذلك ،واحترز أيضاً من الشفعة فإنه لا يصح استثناؤها مطلقا، وأما العكس فنحو الحق فإنه يصح استثناؤه مطلقاً، أي سواء كانت المدة معلومة أو[1] مجهولة، والمراد به حق [المسيل] [2]المرور، وسكنى الدار، وبقاء الشجرة في قرارها ونحو ذلك، فيصح البيع والاستثناء .

وحذف قوله في الأزهار " والْحَقِّ مُطْلَقًا "[3] لدخوله تحت قوله "غالباً" وإذا استثنى الحمل فوضع وجب على المشتري أن يمكن الأم من إرضاع ولدها، القدر الذي لا يعيش إلا من دونه من مرة أو ثلاث أو أكثر.

قال م بالله: ويجب على البايع للمشتري قيمة ذلك اللبن، لأنه إذا لم يصح استباحة مال الغير بلا عوض عند خشية تلف آدمي فلأن لا يصح ذلك عند خشية تلف الفصيل أولى[4].

قال في الغيث: قلت والمذهب ما أومأ إليه أبو طالب في التذكرة من أنه لا يلزم قيمة اللبن لأنه من تمام الاستثناء وكلام م بالله على أنه لم يستثن إرضاع اللبن أو مدة معلومة فإن استثنى ذلك لم تلزم القيمة عنده فصح[5] البيع وإنما تجب القيمة إذا كان مما يتمول وله قيمة فلو لم يكن له قيمة لم يجب فيه عوض والقول بصحة بيع الحيوان واستثنى اللبن هو مذهب القاسمية، وقال في الزوائد عن ح و ش وأبي جعفر أنه لا يجوز بيع الحيوان [و] [6] استثنى اللبن [7].

وقال في الانتصار: والمختار قول الناصر والفريقين أنه لا يصح استثناء اللبن مدة معلومة وقد قيل إن ما قالته القاسمية لم يقله أحد قبلهم.

وقال الشافعي والإمام ح: يبطل البيع باستثناء الولد انتهى [8].

والإشارة في قول المؤلف عليلم ويصح استثناء هذه هي إلى ما تناوله قوله ولا في حق إلى قوله شيئاً فشيئاً ولذلك أعاد حرف النفي وهو لا للتنبيه على ذلك .

قوله عليلم: " **ونحو النفقة على المشتري وَيُمْنَعُ إتْلَافِهِ ولا يضمن إلَّا فِي مُسْتَثْنِي نحو الثَّمَر** " يعني أن من باع بهيمة واستثنى لبنها مدة معلومة كان ما يحتاج إليه من العلف

---

1 - في (ب)"أم".
2 - الزيادة من (أ).
3 - الأزهار - (١ / ٩٣).
4 - في (أ)"أولا".
5 - في (ب)"وصح".
6 - سقط من(ب).
7 - الغيث المدرار ج٣(خ) .
8 -أسنى المطالب في شرح روض الطالب - (٢ / ٣٥). و الانتصار على علماء الأمصارج٦ (خ).

وغيره واجباً على مالك الرقبة وهو المشتري ليصل صاحب اللبن إلى حقه وهو البايع إلى حقه والنفقة هي المعتاد وأراد بنحو النفقة سائر المؤن ولا يجوز للمشتري إتلاف المبيع ولو كان مالكاً حتى يستوفي صاحب اللبن مدته فإن تلف المبيع بغير فعله بطريق الأولى.

وقيل: إذا ذبح البهيمة ضمن لصاحب اللبن ما بين قيمتها مستثناة اللبن وغير مستثناة.

وقوله:" إلا في نحو" مستثنى الثمر معناه إلا إذا كان المبيع شجرة واستثنى البايع ثمرها مدة معلومة فأتلفها المشتري أو غيره قبل تمام المدة فإن المتلف لها يضمن لصاحب الثمر ما بين قيمتها[1] مستثناة الثمر وغير مستثناة وأراد بكلمة نحو الدار إذا بيعت واستثنى البايع سكناها مدة معلومة فحكمها حكم الشجرة فيما ذكر .

وكذلك الأرض إذا بيعت واستثنى البايع فيها مسيلاً أو طريقاً وما أشبه ذلك وهذه من الزوائد .

قيل [شرح الصعيتري] [2]: ولعل وجه الفرق بين الحيوان و[3] بين غيره، في أن المشتري لا يضمن في الحيوان المستثنى اللبن وإن أتلفه، ويضمن في الشجرة ونحوها أن الأغلب في غير الحيوان البقاء ما لم يتلفه متلف، بخلاف الحيوان فإنه يموت إن لم يذكى أو نحوه [4].

وقد نظر هذا الفرق وصحح استواؤهما[5] في عدم وجوب الضمان، وإنما عدل المؤلف [عليلم][6] عن قوله في الأزهار " وَنَفَقَةُ مُسْتَثْنَى اللَّبَنِ عَلَى مُشْتَرِيهِ "[7] إلى قوله "ونحو النفقة على المشتري" ليعم النفقة وغيرها إذ لا وجه للفرق وليتناول مستثنى الثمر والسكنى وغيرها كما تقدم وليرجع قوله ويمنع إتلافه ولا يضمن إلى مستثنى اللبن وغيره .

قوله عليلم: " **وَلَا فِي جُزْءٍ غَيْرِ مَشَاعٍ مِنْ حَيٍّ** " أي ولا يصح البيع في جزءٍ كذلك فلا يصح بيع جلد الشاة أو عضوٍ منها وهي حية فأما بعد تذكيتها فيصح ذلك ولا يصح بيعها واستثنى جزءٍ منها كذلك وهي حية لأنه يستلزم أن يكون المبيع منها جزاءً [8/] غير مشاع وهو لا يصح كما تقدم وأما بعد التذكية فيصح أن يبيع منها أرطالاً معلومة من عضوٍ معلوم

---

1 - في (ب)"قيمة الشجرة"بدل ما بين المعقوفتين.
2 - الزيادة من (ب).
3 - في (ب) "و".
4 - شرح الصعيتري (مخطوط).
5 - في (أ) "استواهما".
6 - الزيادة من (أ).
7 - الأزهار - (١ / ٩٣).
8 - نهاية ورقة ١٩٧ من (ب).

و[هو] [1]يصح استثناء ذلك أيضاً فأما لو باع رطلاً أو استثناه ولم يذكر عوضاً[2] معلوماً فإنه لا يصح البيع ولا الاستثناء إلا حيث شرط الخيار لأحدهما مدة معلومة كما تقدم في بيع الصبرة هذا هو المذهب.

وقال ص [بالله] [3]: يجوز بيع جلد شاة القصاب ورأسها وهي حية وكذلك سائر أعضائها المعلومة [4].

قال ك وأبو يوسف: [و] [5] يجوز بيع ما على ظهورها من الصوف ونحوه وهي حية وكذا ذكر أبو مضر إذا كان موضع القطع معلوماً، وقال مراد أهل المذهب أنه لا يستقر بل لهما الخيار قبل القطع [6].

قال في الغيث: قلت ظاهر المذهب خلاف ذلك انتهى [7].

وحجة أهل المذهب على عدم الصحة أن ذلك يؤدي إلى الشجار في موضع القطع ولأن الصوف ينمو فيلتبس المبيع بالحادث وكذلك سائر الأجزاء غير المشاعة وحديث ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وآله:" نهى أن يباع صوف على ظهر أو لبن في ضرع" رواه الدار قطني والبيهقي [8]. قيل والصحيح وقفه على ابن عباس والله أعلم .

قوله عليلم:" **وَلَا فِي مُشْتَرًى مشترك قَبْلَ الرُّؤْيَة غالباً** " معناه أنه إذا اشترى جماعة شيئاً فإنه لا يصح أن يبيع أحدهم نصيبه فيه قبل أن يروه جميعاً لا من الشركاء ولا من غيرهم، لأن ذلك يؤدي إلى إبطال خيار الرؤية على شركائه إذ القول في خيار الرؤية لمن رد تقدم أو تأخر أو إلى تفريق الصفقة على البايع هكذا ذكره ع و ط تعليلاً لإطلاق الهادي عليلم.

قال في الغيث: وفيه نظر لأنه يقال المشتري يقوم مقام البائع فإن رد شركاؤه رد معهم انتهى [9].

---

1 - الزيادة من (أ) .
2 - في (ب) " عضواً ".
3 - الزيادة من (أ) .
4 - البحر الزخار (٨ / ١٢٨) .
5 - الزيادة من (أ) .
6 - الكافي في فقه أهل المدينة (ج١/ص٣٣١) .
7 -الغيث المدرار ج٣(خ) .
8 - أخرجه الدار قطني في سننه –كتاب البيوع-رقم٤٠ (ج٣/ص١٤) والبيهقي في السنن الكبرى - جماع أبواب الخراج بالضمان والرد بالعيوب وغير ذلك - باب ما جاء في النهي عن بيع الصوف على ظهر الغنم واللبن في ضروع الغنم والسمن في اللبن - رقم ١٠٦٣٩. قال البيهقي:" لقد تفرد برفعه عمر بن فروخ وليس بالقوي وقد أرسله عنه وكيع ورواه غيره موقوفا "(ج٥/ص٣٤٠).
9 - الغيث المدرار ج٣(خ) .

قيل: وإن[1] رضوا فلا رد إلا على الذي باع منه، واختار المؤلف [عليلم] [2] تنفيذ كلام الهادي[عليلم] [3] على ظاهره .

وقوله:" غالباً " احتراز[4/] من صورتين:

إحداهما: أن يبيعوه جميعاً.

الثانية: أن يبيع [أحدهم نصيبه] [5] من البايع، ذكره الفقيه ي واختاره الفقيه س في تذكرته، إذ لا يلزم تفريق الصفقة إذا ردوا [6].

وإنما حذف المؤلف عليلم قوله في الأزهار" قبل قبضه"[7] لأنه قد فهم مما تقدم أن المبيع لا يصح التصرف فيه قبل قبضه وكذلك الموهوب على الصحيح ويصح ذلك فيما عداهما كالوصية والميراث والنذر والمهر ونحوها، وإنما عدل [عليلم] [8]عن قوله في الأزهار "قبل الرؤية في المشترك"[9] إلى قوله "ولا في [مشتري] [10] مشترك قبل الرؤية" لأن عبارة الأزهار توهم أن بيع المشترك لا يصح سواء شروه جميعاً أم لا، وليس كذلك بخلاف عبارة الأثمار فهي سالمة من إيهام ذلك مع الاختصار .

قوله عليلم :" **ولا من نحو مستحق نحو الزَّكَاةِ بَعْدَ التَّخْلِيَةِ غالباً** " أراد بنحو المستحق الإمام والمصدق وبنحو الزكاة الخمس والغنيمة فلا يصح من نحو مستحق الزكاة ونحوها بيع شيء مما ذكر إلا بعد قبضه قبضاً حقيقياً ولا تكفي التخلية في ذلك.

وقوله: "غالباً" احتراز من المصدق فإنه يصح منه البيع بعد التخلية قبل القبض المحقق وكذا غيره ممن[11] ذكر إذا وقعت التخلية برضاه فإنه يقوم مقام القبض المحقق ويستوي في ذلك المصدق وغيره، وأما إذا وقعت التخلية من المالك من دون رضا القابض ففضلوا في ذلك بين المصدق وغيره، ولذلك[12] قال في الغيث "إلا المصدق" فإن تخلية الزكاة إليه كافيه في كمال القبض فيصح منه بيعها بعد التخلية، ذكر ذلك القاضي زيد هذا هو المذهب.

---

1 - في (ب)"فإن" .
2 - الزيادة من (أ) .
3 - الزيادة من (أ) .
4 - نهاية ورقة ١٩٠ من (أ).
5 - في (أ)"نصيبه أحدهم" بدل ما بين المعقوفتين.
6 -حاشية شرح الأزهار - (٣ / ٣٩)والتذكرة الفاخرة (ص٣٣٧).
7 -الأزهار - (١ / ٩٠).
8 - الزيادة من (أ) .
9 -الأزهار - (١ / ٩٠).
10 - الزيادة من (ب) .
11 - في(ب)"مما".
12 - في (ب)"وكذلك".

قال: "وظاهر [ما في] [1] اللمع أنه لا فرق بين الإمام والمصدق والفقير في أن التخلية لا تكفي في ذلك.

والصحيح أنها تكفي في حق المصدق فقط لأنه يجب عليه القبض عند التخلية ويدخل في ضمانه بخلاف الإمام والفقير والحجة ما روى زيد بن علي عن أبيه[2] عن علي عليلم قال: نهى رسول الله صلى الله عليه وآله "عن بيع الصدقة حتى تقبض وعن بيع الخمس حتى يحاز"[3] ولأن الصدقة لا يكون صدقة على الحقيقة إلا بعد إخراجها وحصولها في قبض المتصدق عليه" انتهى [4].

واختار المؤلف عليلم أن التخلية مع الرضا تكون كالقبض مطلقاً كما تقدم ذكره من أن ذلك مما احترز منه بقوله غالباً وقد ذكر ذلك غيره من أهل المذهب وهو متجه وإنما عدل عن قوله في الأزهار ومستحق الخمس والزكاة بعد التخلية إلا المصدق إلى قوله ولا من نحو مستحق نحو الزكاة بعد التخلية غالبا ليتناول ذلك نحو المستحق ونحو الزكاة كما تقدم وليتناول الاحتراز بقوله "غالباً" المصدق وغيره كما تقدم بيانه .

قوله عليلم "**وَمَتَى انْضَمَّ إلى جَائِزِ الْبَيْعِ غَيْرُهُ فَسَدَ إنْ لَمْ يَتَمَيَّزْ ثَمَنُهُ**" نحو أن يقول اشتريت مني هذين العبدين بكذا وانكشف إن أحدهما حرٌ أو مدبر أو مكاتب أو أم ولد أو يقول اشتريت مني هذه العرصة كلها وينكشف أن فيها قبراً أو مسجداً ويشتري مسلوختين إحداهما ميتة أو ذبيحة من لا تحل ذبيحته أو نحو ذلك فإن البيع يفسد إذا كان الثمن واحداً فإن تميز ثمن إحداهما عن ثمن الآخر نحو أن يقول بعت منك هذين العبدين كل واحد منهما بخمسمائة أو هذا بألف [وهذا بألف] [5] وهذا بخمسمائة[6] فإنه يصح البيع في العبد دون الحر وكذلك سائرها .

قال في الغيث: تنبيه فأما لو باع العرصة وفيها قبر وسكت عنه ولم يذكره فظهوره كاستثنائه، فيصح البيع فإن كان مستوراً فسد البيع فإن التبس مكانه كانت العرصة كلها للمصالح كما سيأتي[إن شاء الله تعالى] [7]، فإن كان القبر لحربي فلا حرمة له فيصح بيعه

1 - الزيادة من (أ) .
2 - في (أ) "أبائه"والصحيح ما أثبته.
3 -أصول الأحكام في الحلال والحرام - (٢ / ٣). وكتاب شفاء الأوام - (٢ / ٣٦٢)ولم أعثر على هذه الرواية في كتاب الحديث .
4 -الغيث المدرار ج٣(خ) .
5 - الزيادة من (ب) .
6 - في(ب)"بخمس مائة" .
7 - الزيادة من (أ) .

فإن التبس هل لحربي أو لذمي فقد ذكر م بالله في الإفادة أن البيع يصح وفي حواشيها هذا إذا كانت الخطة للمشركين لا إذا كانت للمسلمين فإن البيع يفسد انتهى [١].

تنبيـــــهٌ: لا خلاف في صحة البيع في مسألة المحتضر حيث تميزت العقود وكذا حيث تميزت الأثمان وإن اتحد العقد على المذهب، وهو قول أبي يوسف ومحمد وأما حيث لم تتميز الأثمان فالمذهب أن البيع يكون فاسداً فيما يصح بيعه وباطل في الآخر.

وقال ح: كذا في العبد مع الحر و المذكاة مع الميتة، وأما إذا كان مع العبد مكاتب أو مدبر أخذ العبد بحصته وصح بيعه.

وللش في ذلك ثلاثة أقوال:

كقولنا، وكقول [٢/]ح، والثالث إن شاء المشتري أخذ ما يصح بيعه بحصته من الثمن، وإن شاء فسخ [٣].

واحتج أهل المذهب بما[٤] ذكروه من فساد البيع لجهالة[٥] الثمن لأن قسمته على حسب قيمتها يختلف باختلاف المقومين والمفسد هنا مقارن بخلاف ما إذا باع ما يملك وما لا يملك، فالمفسد طارئ لتجويز الإجارة، فإن قيل فهلا قالوا بقول ح أن انضمام المدبر والمكاتب لا يفسد[٦] البيع، لأنه يجوز أن يعجز المكاتب نفسه أو يحكم حاكم بصحة بيع المدبر كما ذكروه في بيع ما يملك، [وما لا يملك] [٧] فالجواب أن الذي هو ملك لغير البايع يصح بيعه حال العقد على سبيل الجملة والمدبر ونحوه لا يصح بيعه حال العقد فشابه الحر، ولا تأثير لتقدير بطلان التدبير ونحوه، فإن قيل فما وجه فرقهم بين البيع والنكاح في ذلك، فقالوا في النكاح إذا تزوج من تحل ومن تحرم، صح نكاح من تحل دون من تحرم، وقالوا إذا تزوج على مدبر أو مكاتب صح النكاح ووجبت قيمته، وقالوا هنا يفسد البيع بذلك، فالجواب أن النكاح لا يفسد بفساد الشروط ولا يبطل بجهالة المهر، وإنما أوجبنا قيمة [المكاتب والمدبر] [٨]لأن الرجوع إلى قيمته أقرب من الرجوع إلى مهر المثل، [والبيع يفسد

---

1 - الغيث المدرار ج٣(خ) .
2 - نهاية ورقة١٩٨ من (ب).
3 - البحر الزخار - (٨ / ٣٣١) بنحوه. و الجوهرة النيرة - (٢ / ٢٧٤)والأم - (٣ / ٨٥).
4 - في (ب)"لما" .
5 - في (ب)"بجهالة".
6 - في (ب) "يبطل".
7 - الزيادة من (أ).
8 - في (ب) " المكاتب أو المدبر "بدل ما بين المعقوفتين.

بفساد الشروط لجهالة الثمن، ووجه الفرق بين النكاح] [1]والبيع في ذلك قيام الدليل في البيع على أنه يجب أن يكون العوضان فيه معلومين كليهما، بخلاف النكاح والله أعلم.

فائـــــدة: من اشترى ما يرى جواز بيعه[2] فهل يجوز لمن يرى تحريمه أن يشتريه منه أو يأكل منه حيث هو مأكول أو[3] نحو ذلك.

قيل [ف] [4] :[و] [5]ما كان تحريمه لأمر يرجع إلى ذاته [كأم الولد و زبل ما لا يؤكل، ومسكر الحنفي فلا يحل لمن يرى تحريمه شراؤه ولا تناوله، وما كان تحريمه لأمر[6/] لا يرجع إلى ذاته] [7] كبيع الشيء بأكثر من سعر يومه لأجل النسا ونحوه من المعاملات المختلف فيها، وكأخذ الجد للميراث دون الأخوة لأبوين أو لأب، فإن كان فيه مخاصم لم يجز للمشتري ولا لغيره تملكه ولا يتناوله إلا بحكم حاكم، وإن لم يكن فيه مخاصم جاز ذلك لئلا يؤدي اختيار مثل ذلك إلى التباين بين المسألتين، ولم تجر عادة السلف بذلك كما في الطهارات والنجاسات المختلف فيها .

قيل ف: والظاهر في العوام أن مذهبهم في كل جهة على مذهب شيعتهم ولعله يعني فيما لم يفعله أو فعله وله ثمرة مستدامة وأما ما قد فعله ولا ثمرة له مستدامة فمذهبه فيه ما اعتقده ما لم يكن خارقاً للإجماع إذ هو في ذلك كالمجتهد والله أعلم [8].

فــــــرع: فلا يجوز للناصري أن يشتري من الهادوي أم ولد ونحو ذلك مما لا يستجيز البايع بيعه وإن استجازه المشتري والله أعلم .

---

1 - الزيادة من (أ).
2 - في (ب)"شراءه".
3 - في (ب)"و".
4 - الزيادة من (ب).
5 - الزيادة من (أ).
6 - نهاية ورقة١٩١ من (أ).
7 - الزيادة من (أ).
8 - المنتزع المختار من الغيث المدرار المعروف بشرح الأزهار - (١٣ / ٩٤).

فَصْـــــــلٌ

[البيع والشراء الموقوف]

ونحو إنشاء الفضولي غالباً قيل ولَوْ فَاسِدًا ينفذ ولو قصد نحو البايع عن نفسه بإجازة من هي له حالها" .

هذا الفصل في البيع الموقوف والشراء الموقوف وأحاكمها أراد بالإنشاء نفس الإيجاب و[1] القبول وأراد بنحوه ما ينوب عنه كقبض الموهوب والهدية والقرض، وكذا ما هو من توابع الإيجاب والقبول كقبض المبيع أو الثمن، وكالزيادة في المبيع، أو الثمن، أو في مدة الخيار والأجل، وإنما عدل المؤلف عليلم عن قوله في الأزهار" وَعَقْدُ غَيْرِ ذِي الْوِلَايَةِ "[2] إلى ما ذكره لما تقدم من أن العقد اسم لما هو مركب من الإيجاب والقبول بخلاف الإنشاء فإنه يطلق على كل من الإيجاب والقبول على انفراده[3] فيتناول عبارة الأثمار ما لو اشترى فضولي شيئاً لزيد من عمرو، فأجاز ذلك زيد قبل أن يقول البايع بعت فإن هذه الإجازة تصح، وإن كانت قبل تمام العقد ونحو ذلك، وتتناول العبارة ما تقدم ذكره مما هو ينوب عن العقد، أو يكون من توابعه وتتمته فإن الإجازة تلحق تلك الأمور ذكر معناه النجري في معياره، والمراد بالفضولي من ليس بمالك للمبيع، ولا وكيل لمالكه ولا ولي له، وكذا من ليس بوكيل ولا ولي للمشتري فإن كل واحد منهما يسمى فضولياً في اصطلاح أهل الفروع.

وقوله:"غالباً "احتراز مما هو استهلاك كالطلاق غير المعقود على عوض وكذلك العتاق وكالوقف ونحوها .

وأما النذر فاختار المؤلف [عليلم] [4] أن الإجازة تلحقه مطلقاً وقد حكى ذلك عن الإمام المهدي عليلم إذا كان النذر لمعين لا إذا كان لغير معين فلا تلحقه .

وقيل ف: لا تلحقه الإجازة مطلقاً ومثله في معيار النجري [5].

ووجهه القياس على الوقف ووجه ما اختاره المؤلف [عليلم] [6] شبه النذر بالعقد من حيث إن عدم رده يجري مجرى القبول بخلاف الوقف ونحوه، فليس له قبول ولا ما يجري

---

1 - في (ب)"أو".
2 - في (ب)"انفراد".
3 - الأزهار - (١ / ٩٣).
4 - الزيادة من (ب).
5 -حاشية شرح الأزهار - (٤ / ٤٤). و معيار الأفهام في الكشف من مناسبات الأحكام لعبد الله بن محمد بن أبي القاسم النجري [٨٢٥-٨٧٧ هـ]. (مخطوط).
6 - الزيادة من (أ).

مجراه إذ لا تبطل بالرد ويؤيد ذلك أن الفقيه س قد ذكر أن الإجازة تلحق الصلح الذي بمعنى الإبراء وتلحق الضمان أيضاً لأنه يشبه العقد ولا شك أن النذر أقرب شبهاً بالعقد من الضمان بما[١] ذكره من أن عدم رده يجري مجرى القبول بخلاف الضمان فليس له قبول ولا ما يجري مجراه إذ لا يبطل بالرد والنذر أولى منه بأن تلحقه الإجازة لقرب شبهه بالعقد من حيث أنه يبطل بالرد ويقوم عدم رده مقامه قبوله كما تقدم .

وإذا تقرر هذا فالمذهب أن إنشاء الفضولي يصح مطلقاً عند أهل المذهب ومن وافقهم بشروط ستأتي ذكرها ويكون موقوفاً ينفذ بالإجازة كما سيأتي.

وقال الناصر و ش: لا تصح العقود الموقوفة[٢] مطلقاً، وقال ح: يصح البيع الموقوف لا الشراء الموقوف [٣]، وقال ك: يصح الشراء لا البيع [٤].

حجة أهل المذهب: حديث حكيم بن حزام وحديث عروة البارقي[٥]، أما حديث حكيم فعنه أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صلى الله عليه وآله بَعَثَ معه بِدِينَارٍ يَشْتَرِي به أُضْحِيَّةً فاشترى كبشاً بدينار فباعه بِدِينَارَيْنِ ورجع فاشترى أُضْحِيَّةً بِدِينَارٍ فجاء به وبالدينار الذي استفضل من الأخرى فَتَصَدَّقَ رسول الله صلى الله عليه وآله بالدينار ودعا له [بالبركة] [٦] أن يبارك له في تجارته أخرجه أبو داود[٧] والترمذي نحوه وفيه وقال له "ضَحِّ بِالشَّاةِ وَتَصَدَّقْ بِالدِّينَارِ "[٨].

وأما حديث عروة فعنه أن رسول الله صلى الله عليه وآله أعطاه ديناراً يشتري شاةً فاشترى به شَاتَيْنِ فَبَاعَ إِحْدَاهُمَا بِدِينَارٍ فجاء بدينار وشاة[٩/] فَدَعَا له بِالْبَرَكَةِ في بَيْعِهِ فكان لو اشْتَرَى التُّرَابَ رَبِحَ فيه " أخرجه أبو داود[١] وللترمذي[٢] نحوه وهو مرسل[٣].

---

1 - في (ب)"لما".

2 -هي العقود التي تتوقف عَلَى إِجَازَةِ غَيْرِ الْعَاقِدِ، كَعَقْدِ الْفُضُولِيِّ الَّذِي يَتَوَقَّفُ عَلَى إِجَازَةِ صَاحِبِ الشَّأْنِ، عِنْدَ مَنْ يَرَى مَشْرُوعِيَّةَ هَذَا الْعَقْدِ، كَالْحَنَفِيَّةِ وَالْمَالِكِيَّةِ، وَلِلْمَالِكِ أَيْضًا إِنْهَاءُ الْعَقْدِ بِعَدَمِ إِجَازَتِهِ، وَبِذَلِكَ يَنْقَضِي الْعَقْدُ. الموسوعة الفقهية الكويتية (٧ / ٤٧) بتصرف- إصدار وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية الكويت – ط٢ / - ١٤٢٧ هـ.

3 - شرح الأزهار - (٣ / ٤١). وشرح البهجة الوردية - (٨ / ٣٨٧)و- بدائع الصنائع - (٥ / ١٥١).

4 - الصحيح من المذهب المالكي الجواز في الوجهين (البيع والشراء)جميعاً . بداية المجتهد - (٢ / ١٣٨).

5 -هو عروة بن الجعد، ويقال : ابن أبي الجعد الأزدي ثم البارقي الكوفي ، وبارق : جبل نزل عنده بعض الأزد فنسبوا إليه ، ولعروة صحبة روى عن سيدنا رسول الله صلى الله عليه و سلم أحاديث وقدم دمشق في جملة من سير من أهل الكوفة في خلافة عثمان بن عفان . مختصر تاريخ دمشق - (١ / ٢٢٦٩) لابن منظور .

6 - الزيادة من (ب).

7 - أخرجه أبو داود - كتاب البيوع - بَاب في الْمُضَارِبِ يُخَالِفُ -رقم ٣٣٨٦ (ج٣/ص٢٥٦).وهو ضعيف كما قال الألباني في صحيح وضعيف سنن أبي داود – رقم ٣٣٨٦.

8 - أخرجه الترمذي في سننه - كِتَاب الْبُيُوعِ -باب-رقم١٢٥٧ . قال أبو عِيسَى حَدِيثُ حَكِيمِ بن حِزَامٍ لَا نَعْرِفُهُ إلا من هذا الْوَجْهِ وَحَبِيبُ بن أبي ثَابِتٍ لم يَسْمَعْ عِنْدِي من حَكِيمِ بن حِزَامٍ(ج٣/ص٥٥٨).

9 - نهاية ورقة ١٩٩ من (ب).

ووجه الدلالة في الخبرين أنّ رسول الله صلى الله عليه وآله لم يأمرهما ببيع ما اشترياه ولا شراء غيره ثم قرر ما فعلاه من ذلك فكان تصحيحاً للبيع والشراء الموقوفين.

وقوله:" قيل وَلَوْ فَاسِدًا" معناه ولو كان إنشاء الفضولي فاسدا فإن الإجازة تلحقه كالصحيح فينعقد وينفذ بالإجازة ذكره الفقيه س وتأول قول أهل المذهب أن إجازة الفاسد فاسدة بأن الإجازة لا تصيره صحيحاً وإلا فهي تلحقه وينعقد بها فاسداً.

[قال في الغيث: قلت وفي كلامه نظر، وقد أشرنا إلى ضعفه لأن ظاهر كلام أهل المذهب أن من شرط الموقوف أن يكون صحيحاً والفاسد لا تلحقه الإجازة] [٤].

[قال في الانتصار: وإنما لم تلحقه الإجازة لأن الموقوف مأخوذ من خبر حكيم وعقده كان صحيحاً انتهى [٥].

واختار المؤلف قول الفقيه س في ذلك][٦] ولهذا لم يحذفه من الأثمار كما هي عادته وقال لا حجة فيما ذكروه من أن عقد حكيم كان صحيحاً إذ لا دليل على ذلك انتهى [٧].

وقوله "ولو قصد نحو البايع عن نفسه"[معناه أن بيع الفضولي عن غيره لا يحتاج إلى إضافة ولا نية بل لو قصد بيع مال الغير أنه عن نفسه] [٨] لا عن المالك ثم أجاز المالك بيعه انعقد البيع ونفذ، وكان الثمن للمالك[٩] لا للفضولي فتصح الإجازة وتبطل الإرادة .

ذكره ص بالله [عليلم] [١٠]ووجهه أن النبي صلى الله عليه وآله لم يسأل حكيماً ولا عروة هل أضافا فيما باعاه عنه والبايع في ذلك يخالف المشتري فإن المشتري كغيره[١١] بغير أمره لا بد له من الإضافة إلى من اشترى[١٢] له لفظاً أو نية فإن لم يضف لزمه المبيع

---

1 - أخرجه أبو داود في سننه - كتاب البيوع -بَاب في الْمُضَارِبِ يُخَالِفُ -رقم٣٣٨٤ (ج٣/ص٢٥٦).والحديث صحيح كما قال الألباني في مشكاة المصابيح - (٢ / ١٦٢) رقم ٢٩٣٢ . وأصله في صحيح البخاري- بَاب سُؤَالِ الْمُشْرِكِينَ أَنْ يُرِيَهُمْ النبي r آيَةً فَأَرَاهُمْ انْشِقَاقَ الْقَمَرِ - رقم ٣٤٤٣ (ج٣/ص١٣٣٢).

2 - في (ب)"الترمذي".

3 - أخرجه الترمذي في سننه - كتَاب الْبُيُوعِ -رقم ١٢٥٨ -قال أبو عِيسَى وقد ذَهَبَ بَعْضُ أَهْلِ الْعِلْمِ إلى هذا الحديث وَقَالُوا بِهِ وهو قَوْلُ أَحْمَدَ وإسحاق ولم يَأْخُذْ بَعْضُ أَهْلِ الْعِلْمِ بهذا الحديث منهم الشَّافِعِيُّ وَسَعِيدُ بن زَيْدٍ أَخُو حَمَّادِ بن زَيْدٍ وأبو لَبِيدٍ اسْمُهُ لِمَازَةُ بن زياد(ج٣/ص٥٥٩).

4 - الزيادة من (أ).

5 - الانتصار على علماء الأمصار ج٦(خ) .

6 - الزيادة من (ب).

7 - الغيث المدرار ج٣(خ).

8 - الزيادة من (أ).

9 - في (أ)"كررت مرتين".

10 - الزيادة من (أ).

11 - في (أ)"لغيره".

12 - في (ب)"اشتراه".

لنفسه ولهذا قال ولو قصد نحو البايع عن نفسه ولم يقل المشتري إشارة إلى أن حكمها مختلف.

قال في الغيث: وإنما اعتبرت الإضافة في الشراء لا في البيع لأن الشراء إثبات واحتاج إلى الإضافة والبيع كالإسقاط وما قلناه من صحة الإضافة بالنية فقد ذكره م بالله في الزيادات والهادوية [و] [1]في المضاربة إذا خالف ،و قال ص: [2/] بالله لا بد للمشتري من الإضافة بالقول الحجة ما قدمناه انتهى [3].

وأراد [المؤلف] [4]عليلم بنحو البايع المؤجر والواهب على عوض ونحوهما .

[ومفهومه أن نحو المشتري يلزمه الإضافة وهو المستأجر والمتهب على عوض ونحوهما] [5].

وقوله: "بإجازة" من هي له متعلق[6] بقوله ينفذ والمعنى أن العقد [الموقوف إنما ينفذ بالإجازة ولنفوذ العقد الموقوف شروط خمسة:

الأول: أن يكون العقد] [7]صحيحاً[8] عند أهل المذهب واختار المؤلف [عليلم] [9] خلافه كما تقدم، وهو ظاهر كلام الوافي [10].

الشرط الثاني: الإضافة من المشتري ونحوه إلى المشتري له ونحوه لفظاً أو نية كما تقدم فإن لم يضف فهو له وإن أضاف لفظاً فهو للمشتري له إن أجاز [وإن لم يجز فإن صادقه البايع] [11][وإلا] [12] بطل وإن أضاف بالنية فللمشتري [له] [13] إن أجاز وإن لم [يجز فإن صادقه البايع بطل وإن لم] [14]يصادقه فقيل يستقر في ملك الفضولي لأنه يدخل في [ملك

1 - الزيادة من (ب).
2 - نهاية ورقة ١٩٢ من (أ).
3 - الغيث المدرار ج٣(خ).
4 - الزيادة من (أ).
5 - الزيادة من (أ).
6 - في (ب)"يتعلق".
7 - الزيادة من (أ).
8 - في (ب)"صحيحٌ".
9 - الزيادة من (ب).
10 - الوافي على مذهب الهادي (خ) .
11 - الزيادة من (أ).
12 - الزيادة من (ب).
13 - الزيادة من (أ).
14 - الزيادة من (أ).

الفضولي] [١] لحظة فإذا لم يجز المشتري له بقي في ملكه ولا يشترط الإضافة في البايع ونحوه كما تقدم .

الشرط الثالث: أن يقع تنفيذه[٢] بإجازة من الإجازة له حال فعلها وهو المالك أو وكيله أو وليه فلو أجازه من ليست له الإجازة حالها لم ينفذ.

وإنما عدل [المؤلف عليلم] [٣] عن قوله في الأزهار "حَالَ الْعَقْدِ" [٤] إلى قوله "حالها " ليستغني عن قوله "غالباً" كما في الأزهار إذ قد دخل تحت عبارة الأثمار ما احترز منه في الأزهار بغالباً.

مثال ذلك: ما لو باع الفضولي مال صبي فإن الإجازة حال العقد إلى وليه فإذا لم يجز حتى بلغ الصبي كانت الإجازة حينئذ إلى الصبي لأنه المالك لها حينئذ، فإذا أجاز نفذ العقد، ولو كانت الولاية حال العقد [لغيره] [٥] وهو الولي ذكره ص بالله [عليلم] [٦] [٧].

وقيل: أن الإجازة في هذه الصورة تكون إلى الولي لا إلى الصبي ولو بلغ [٨].

قال في البحر: فأما[٩] لو لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلِيٌّ عِنْدَ الْبَيْعِ ثُمَّ دَعَا إمَامًا لَمْ تَصِحَّ إجَازَتُهُ لِعَدَمِ وِلَايَتِهِ عِنْدَ الْعَقد انتهى [١٠].

قلت: ويلزم على ما اختاره المؤلف عليلم أن تصح إجازة الإمام إذ إليه الولاية حالها فهو الذي يملكها حينئذ والله أعلم .

وقد فهم من عبارة الأثمار أن المالك إذا أخرج المبيع من ملكه ببيع أو هبة أو غيرهما أو أخرج[١١] عن ملكه بموته أن الإجازة لا تصح ممن انتقل إليه ملك البيع[١٢] لأنه لا يملك إجازة العقد الواقع قبل ملكه وأيضاً فإن العقد قد بطل بخروج المبيع عن ملك من بيع عنه كما سيأتي ولا معنى للحوق [و] [١٣]الإجازة لما قد بطل.

---

1 - في (ب)"ملكه".
2 - في (ب) "تنفيذ".
3 - الزيادة من (ب).
4 -الأزهار - (١ / ٩٣).
5 - في (ب)"إلى غيره" بدل ما بين المعقوفتين.
6 - الزيادة من (ب).
7 - البحر الزخار - (٨ / ١٦٤)بنحوه .
8 - المرجع السابق بنحوه .
9 - في (ب)"وأما".
10 - البحر الزخار - (٨ / ١٦٤) .
11 - في (أ)"خرج".
12 - في (ب) "المبيع".
13 - الزيادة من (ب).

قال في شرح الأثمار: وكذا أيضاً قد فهم أنها لا تصح إجازة الأب حيث باع مال نفسه من ولده على وجه يصح بعد إن كان باعه فضولي من الغير ثم أن الأب أجاز لأن الملك حال العقد لنفسه وحال الإجازة الملك للصبي وهو نائب عنه وقد بطل العقد انتهى .

قوله عليلم: " **مع بقاء المتعاقدين والعقد** " هذا هو الشرط الرابع وهو أن تقع الإجازة مع بقاء المتعاقدين ومع بقاء العقد فلو مات أحد المتعاقدين بطل العقد ولم تلحقه الإجازة بعد ذلك وكذا لو بطل العقد قبل الإجازة بفسخ من الفضوليين أو من أحدهما أو وقع ما يجري مجرى الفسخ وذلك نحو أن يعقد عليه المالك والفضولي عقداً آخر، ويقول المالك لا أرضاه أو لا رغبة لي فيه أو لا أجيزه.

قال السيد ح :وكذا إذا أنكر البيع لم يصح منه أن يخيره بعد ذلك إما بقاء المتعاقدين، فالمذهب اشتراطه في لحوق الإجازة وهو قول ح [١].

وقال ص بالله والإمام ح: لا يشترط ذلك إذ لم يتعرف النبي صلى الله عليه وآله بقاء العاقد [٢] في خبر [٣] حكيم وعروة.

قلنا: موته كإبطاله العقد لبطلان تصرفه بالموت، قال الإمام في البحر قُلْت: وَزَوَالُ عَقْلِهِ كَمَوْتِهِ انتهى [٤].

وأما بقاء العقد قال في الغيث:" فلا أحفظ فيه خلافاً أعني أنه شرط فأما بقاء المبيع فالمذهب على ما أخرجه علي خليل للهادي عليلم أنه ليس بشرط ونحوه عن م بالله، وحكى[٥] أبو مضر [عن م بالله] [٦] إن بقاءه شرط [قال في البحر:وَالْأَوَّلُ أَقْرَبُ إذْ لَا وَجْهَ][٧] لِاشْتِرَاطِهِ[٨] [٩].

قوله عليلم: "**وإجازتها**" يعني وإجازة الإجازة فإن العقد ينفذ بها كما ينفذ بإجازته.

ومثال ذلك: أن يعقد فضولي على مال غيره بيعاً أو شراء أو غيرهما فيجبر عقده فضولي آخر ثم يجيز ذو الولاية إجازته فإن العقد ينفذ بذلك، وإنما صحب إجازة الإجازة

---

1 - شرح الأزهار - (٣ / ٤٣).
2 - في (ب)" المتعاقدين".
3 - في (ب)"خبري".
4 - البحر الزخار - (٨ / ١٦٤).
5 - في (ب)"وذكر".
6 - في (ب)"للمؤيد" بدل ما بين المعقوفتين.
7 - الزيادة من (أ).
8 - في (ب)" لاشراطه ".
9 -الغيث المدرار ج٣(خ)و البحر الزخار (٨ / ١٦٤) .

وإن لم يكن [عقداً] [1] حقيقياً بدليل صحة تعليقها بالشروط المستقبلة لأنها من توابع العقد فإجازتها إجازة [/2] للعقد في التحقيق.

قوله عليلم: "**بمفيد للتقرير**[3] "الباء متعلقة بالإجازة وهذا هو الشرط الخامس من شروط صحة الإجازة وهي أن يقع بما يفيد تقرير العقد قولاً أو فعلاً فمثال القول من له الإجازة أجزت أو رضيت أو نعم ما فعلت أو يطالب بالثمن أو بالمبيع أو نحو ذلك .

ومثال الفعل: أن يسلم ما بيع عنه بقبض ما اشترى له أو يتصرف فيه أو يقبض ثمن ما بيع عنه أو يقف ما اشترى له أو يعتقه بعد علمه بالعقد وإن ذلك الشيء هو المبيع ونحوه فإن هذه الأفعال تفيد تقرير عمل الفضولي فلذلك كانت في حكم التلفظ بالإجازة و[كذا] [4] حكم الإجازة فيما ذكر .

ولما فرغ [عليلم] [5]من ذكر شروط صحة الإجازة أخذ يتكلم في أحكامها فقال"**فإن**[6] **جهل حكمه**" أي وإن جهل كون ذلك القول أو الفعل إجازة فلا تأثير لجهله ذلك بل تصح الإجازة بذلك وينفذ العقد وهذا في الظاهر وأما في الباطن فقيل مد ح : لا تصح ، وقيل ي: بل تصح إذ هي إسقاط حق .

[و] [7]قوله عليلم: "**والملك**[8] " معناه وكذا لو جهل المالك المجيز كون ذلك المبيع ونحوه ملكاً له فإنه لا تأثير لجهله بل تصح الإجازة كما تصح عقود الهازل وذكر هذا الحكم من الزوائد] [9] .

وقوله: "**لا العقد** "معناه لا لو فعل ما يفيد التقرير من قول أو فعل وهو جاهل لتقدم عقد الفضولي فإن ذلك لا يكون إجازة ذكره الفقيه س.

قوله عليلم: " **ويخير لغبن جهله** "فإذا باع الفضولي عن غيره أو اشترى له بغبن فاحش فأجاز المالك وهو غير عالم بذلك الغبن فإنه يثبت له الخيار.

قال في الغيث: ما لفظه وفي ذلك أقوال:

---

1 - الزيادة من (أ).
2 - نهاية ورقة ٢٠٠ من (ب).
3 - في(ب)"التقرير".
4 - الزيادة من(أ).
5 - الزيادة من(أ).
6 - في(أ)"وإن".
7 - الزيادة من(ب).
8 - في(ب)"لا العقد "وهو تحريف وخطأ واضح.
9 - سقط من(ب).

الأول: للمنصور أن له الخيار ما لم يعلم كمية الثمن وجنسه قلت: وكذا الشيء المشتري.

القول الثاني: للم بالله لا خيار له بحال.

الثالث: لابن أبي الفوارس أن له الخيار إذا كان[1/] ثمة غبن أو كان بغير الدراهم أو[٢] الدنانير انتهى [٣].

وحذف المؤلف[عليلم] [٤] قوله في الأزهار" قِيلَ وَلَا تَدْخُلُ الْفَوَائِدُ وَلَوْ مُتَّصِلَةً " [٥] لأن المختار دخولها [انتهى] [٦] .

ووجهه أن المبيع يملك بالإجازة منعطفاً فتدخل الفوائد الحادثة بعد العقد وقبل الإجازة إذا الإجازة كاشفة عن الملك من يوم العقد وهذا هو المصحح للمذهب، وقيل: لا تدخل الفوائد المذكورة بل يكون للبائع سواء كانت متصلة حال الإجازة كالصوف واللبن أو منفصلة كالولد والثمر بعد انفصالهما لأن الإجازة إنما تناول ما كان موجوداً حال العقد ذكر معنى ذلك في شرح أبي مضر [٧].

قال في الغيث: وفي ذلك ضعف عندنا وقد أشرنا إلى ضعفه ووجه الضعف أن المبيع يملك بالإجازة منعطفاً من يوم العقد[٨] انتهى [٩].

وقال ص بالله: تدخل المتصلة لا المنفصلة وإليه أشار [بقوله في الأزهار] [١٠] " وَلَوْ مُتَّصِلَةً "[١١].

وعن صاحب اللمع أن البايع إن أجاز عالماً بها دخلت وإلا فلا وأما الزيادة التي [لا][١٢] تتميز[١٣] كالسمن والكبر فتدخل اتفاقاً [١٤].

---

1 - نهاية ورقة ١٩٣ من (أ).
2 - في(ب)"و".
3 - الغيث المدرارج٣(خ) .
4 - الزيادة من(أ).
5 - الأزهار - (١ / ٩٣).
6 - الزيادة من(ب).
7 - شرح أبي مضر (خ).
8 - في(ب)"البيع".
9 - الغيث المدرار ج٣(خ) .
10 - في(ب)"في الأزهار بقوله" بدل ما بين المعقوفتين.
11 -الأزهار - (١ / ٩٣).
12 - الزيادة من(أ).
13 - في(ب)"تميز".
14 - اللمع في فقه أهل البيت (خ).

قوله عليلم: "**ولا يتعلق حق بفضولي غالباً**" أي لا يتعلق بالفضولي شيء من حقوق العقد من قبض المبيع وتسليم الثمن والرد بالخيارات بل ذلك إلى المالك لا إلى العاقد الفضولي.

وقوله: " غَالِبًا " احتراز من صورة واحدة وذلك حيث أجاز المالك وقد علم بقبض الفضولي للثمن، فإنه[حينئذ] [١]يتعلق به حق المطالبة فيطالبه المجيز بالثمن ولا يطالب المشتري ذكره الفقيه س [٢].

وإن تلف في يد الفضولي لم يلزم المشتري إبداله[٣] ولا يضمنه الفضولي إلا لتفريط إذ[٤] صار بالإجازة نائباً عن المجيز.

قوله عليلم "**[و]** [٥]**يلحق آخر العقدين** "معناه أن الفضولي إذا باع عن[٦] غيره شيئاً من شخص ثم باعه ثانياً من شخص آخر فأجاز المالك ما فعل فإن الإجازة تلحق المتأخر من العقدين فينفذ.

وأما العقد الأول فقد بطل بالعقد الثاني إذ هو كالفسخ له كما تقدم، وأما لو باع فضولي من شخص شيئاً ثم باعه فضولي آخر من شخص آخر فأجاز المالك عقدهما.

فقيل: يقسم المبيع بين المشتريين، وقال ص بالله: بل يبطلان إذ ليس أحدهما بالنفوذ أولى من الآخر [٧].

قال في الغيث: والأقرب عندي التفصيل وهو أن يقال إن وقع العقدان في وقت واحد قسم بينهما كما سيأتي في الإجازات إن شاء الله تعالى، وإن وقعا مترتبين واحداً بعد واحدٍ نفذ الآخر منهما دون الأول لأن[٨] بإجازته العقدين صح الثاني وفي صحته بطلان الأول كما لو كان العاقد للثاني هو المالك بنفسه فإنه يبطل عقد الفضولي وكذلك إذا أمضى العقد المتأخر لأن إمضاه بمنزلة عقده فأما لو أجاز الأول وحده أو الثاني وحده صح ما أجازه .

وإنما الخلاف حيث أجازهما جميعاً.

---

1 - الزيادة من(أ).
2 -شرح الأزهار - (٣ / ٤٦).
3 - في(أ)"أبداً".
4 - في(ب)"إذا".
5 - الزيادة من(أ).
6 - في(ب)"من".
7 - البحر الزخار (٨ / ١٦٨) .
8 - في(ب)"لأن".

تنبيـــهٌ: [أما] [١]لو باع فضولي عند غيره وأعتقه آخر على مال فأجاز المالك فعلهما نفذ العتق دون البيع لأنه قوي النفوذ.

[قال] [٢] ص بالله: فإن وقع العتق على مالٍ والمشتري ذو رحم فالشراء أولى لأن فيه العتق وزيادة الثمن انتهى [٣].

فـــــرع: والإجازة تكون على التراخي ما لم يرد المالك أو ينكر كما تقدم .

قوله عليه السلام: " **وينفذ في نصيب العاقد غالباً** "يعني إذا باع أحد الشركاء جميع الشيء المشترك فإن البيع ينفذ في قدر نصيبه [فقط] [٤] وأما نصيب شركائه فيكون بيعه موقوفاً على إجازتهم فإن أجازوا نفذ وإلا فلا.

قوله غالباً: " احتراز من بعض الصور وذلك حيث يكون نفوذ البيع في نصيب البايع يحصل به ضرر على الشركاء فإن البيع في نصيبه لا ينفذ إلا بإجازتهم.

مثال ذلك: ذلك أن يكون أربعة شركاء في أرض أرباعاً فباع أحدهم ربع ذلك المشترك وعيّنه في جانب معين من الأرض فإن العقد لا ينفذ في نصيبه هاهنا لأن ذلك يؤدي إلى أن يستحق المشتري ربع الربع ويلزم لو فعل البايع ذلك كذلك في ربع ثان وثالث ورابع أن يصح ربعه في الأربعة الجوانب وذلك يضر بالشركاء فلا يصح هذا البيع إن لم يجيزوه .

وأما إذا أجازوه جميعاً نفذ البيع في ذلك [٥/] الربع كله واشتركوا في الثمن وبقيت الثلاثة الأرباع مشتركة بينهم اللهـــم إلا أن يكون البايع قصد القسمة وأجازوا فإن البيع يصح ويكون الثمن له وحده وباقي المبيع لهم وحدهم فإن لم يصادقوه في قصد القسمة بعد أن أجازوا فالقول لهم هذا هو المذهب أنه يصح بيع الشريك نصيبه ونصيب غيره بالإجازة وينفذ في نصيبه إن لم يحصل إجازة، وقال ش: لا ينفذ في نصيبه لأنه مشروط بصحته في نصيب غيره [٦].

تنبيـــــهً: والقول بعدم صحة البيع في مسألة غالباً هو على ما ذكره [الفقيهان س و ف][٧].

---

1 - الزيادة من(أ).
2 - الزيادة من(أ).
3 - الغيث المدرار ج٣(خ) .
4 - الزيادة من(ب).
5 - نهاية ورقة ٢٠١ من (ب).
6 - الغيث المدرار ج٣(خ) .
7 - في(ب)" الفقهاء ل س ف ".

وقال أبو مضر والفقيهان ح مد[١]: يصح البيع وينفذ في نصيبه ويثبت للمشتري الخيار حيث جهل ذلك[٢].

فـــــرع : قيل ف: وهكذا في الأراضي والدور المشتركة بين جماعة إذا كانت المصلحة في قسمة بعضها في بعض ثم وقف أو باع أحدهم نصيبه في أحدها فإنه لا يصح إلا أن يرضوا به كلهم وكذا لو باع نصيبه فيها الكل كل نصيب من شخص، فإن ذلك لا يصح فأما حيث باعه جميعه من واحد أو من جماعة صفقة واحدة فإنه يصح ذلك ويقوم المشتري أو المشترون مقامه في قسمة الأرض حكى ذلك ما معناه ذلك عن الفقيه ف [٣].

تنبيـــــهٌ: قد علم مما تقدم أن الموقوف الحقيقي التي يعتبر فيه الشروط المتقدم ذكرها ويثبت له الأحكام المتقدمة جميعها هو ما صدر من الفضولي كما تقدم و الإجازة الحقيقة هي إجازة ذلك وهي أمر ثبوتي إذ هي تقرير صادرٌ من المالك أو من يقوم مقامه لا مجرد إسقاط حق فلذلك يعتبر فيه ما تقدم من الشروط ويثبت لها ما مر من الأحكام .

وأما تصرف الراهن في الرهن تصرف المحجور في ماله ووصية المريض ونحوها، فليست بموقوفات حقيقة إذ هي تصرف المالك في ملكه وإطلاق القول بأنها موقوفة مجاز[٤] فقط وكذلك[٥] إجازتها ليست بإجازة حقيقة، وإنما هي إسقاط حق فقط إذ ليس للمرتهن والمحجور لأجله والوارث ونحوه الأحق مجرد و الإجازة إسقاط له بخلاف النوع الأول فالإجازة فيه تصرف تام ولذلك لا يصح من المحجور بخلاف النوع الثاني، فإن الإجازة فيه تنفذ من المحجور بأبي حجرٍ كما هو معلوم .

فــــرع: ومما يوضح ذلك أن الإجازة الحقيقة لا تلحق إلا العقود وما في حكمها دون الاستهلاكات كالوقف والعتق ونحوهما بخلاف المجازيّة[٦] فيلحقها كما لو وقف الراهن الرهن أو[٧] أعتقه أو نحو ذلك فإجازة المرتهن وكذا الكلام في المحجور والمريض فإن ما فعلوه من الاستهلاكات ينفذ بالإجازة إذ هي في حقهم إزالة مانع فقط وعلى هذا فلا تبطل

---

1 - المقصود بالفقيه مد : يحيى بن أحمد بن حنش، وهو الفقيه عماد الدين، العلامة الظفاري، اليمني ،أحد المذاكرين، مولده في صفر سنة أربعين وستمائة. له كتاب (أسرار الفكر في الرد على الكني وأبي مضر)، توفي يوم الاثنين ثالث شهر شوال سنة سبع وتسعين وستمائة، عن سبع وخمسين سنة، وقبره في الظفة من مقبرة ظفار المشهورة رحمة الله عليه، انتهى. طبقات الزيدية الكبرى (٣ / ٨٣).

2 - البيان لابن مظفر (٥١٧/٢) .

3 - المرجع السابق.

4 - في(ب)" مجازاً ".

5 - في(ب)" فكذلك ".

6 - نهاية ورقة ١٩٤ من (أ).

7 - في(ب)" إذا ".

تصرفاتهم بموتهم بل يبقى كما [كانت] [1]في حياتهم في حكم الموقوفة على إزالة المانع فإذا زال نفذت وذلك واضح مجمع عليه في تصرف المريض ولو مستغرقاً فإنه ينفذ بإجازة الوارث وبسقوط الدين بعد موته ، وكذلك يلزم مثله في تصرف الراهن والمحجور إذا حصلت الإجازة أو سقوط الدين بعد موتهما[2] إذ لا سبيل إلى الفرق بينهما و بين المريض في ذلك، ومما يوضح ذلك قوله في التذكرة "فوقف محجور، ومريض مات منه، ينفذ إن سبق سقوط الدين. قال في الكواكب:" يعني قبل المبيع ولو بعد الموت" انتهى [3].

فــــــرع: وكذا يأتي فيما لو وقف أحد الشركاء نصيبه أو باعه على وجه يبطل به على شركائه حق الجمع عند القاسمية فإن إجازة ما فعله يصح ولو بعد موته إذ هي إزالة ما نع فقط كما تقدم وأما ما بنى عليه بعض الحكام من التسوية بين النوع الأول والنوع الثاني، فإن[4] بيع الراهن والمحجور ووقفهما ونحو ذلك يبطل بموتهما بكل حال ولو حصلت الإجازة أو[5] سقوط الدين بعد موتهما وكذا ما فعله الشريك في نصيبه ولو إجازة الشركاء بعد موته قياساً على الموقوف حقيقة الصادر من الفضولي فذلك غلط محض وخطأ ظاهر والله أعلم .

فصــــــلٌ:" والتخلية قبض صحيح في نافذ [في][6] مبيع غير معيب ولا ناقص بلا مانع من أخذه أو [من] [7] نفعه غَالِبًا" يعني أن تخلية البايع بين المشتري وبين المبيع وتمكينه منه يفعل فيه ما شاء كافية في صحة قبضه، إذ المقصود بالقبض الاستيلاء، وهو يحصل بالتخلية فيسقط بها ضمان البايع إذ قد فعل ما يجب عليه ويصح بعدها تصرف المشتري في المبيع ولا فرق في ذلك بين المنقول وغيره [و] [8]هذا هو المذهب.

وقال ش وأصحابه: لا تكفي التخلية في المنقول بل لابد من يتقبله للتعارف بالتفرقة وغيره بين المنقول وغيره ولا تفرقة إلا بذلك [9].

قلنا: القصد الاستيلاء وقد حصل.

---

1 - الزيادة من(أ).
2 - في(ب)" موتهم ".
3 - الكواكب النيرة الكاشفة لمعاني التذكرة الفاخرة للفقيه يحيى بن أحمد بن مظفر(٨٧٥هـ)(مخطوط).
4 - في(أ)" وإن ".
5 - في(ب)" و ".
6 - الزيادة من(أ).
7 - الزيادة من(أ).
8 - الزيادة من(أ).
9 - المجموع - (٩ / ٢٦٩).

وقال الإمام ح[١]: تكفي التخلية في سقوط الضمان عن البايع لا في صحة تصرف المشتري في المبيع [٢].

قلنا: إذا خرج عن ضمان البايع فقد صح قبض المشتري إذ يتلف من ماله فكذلك يصح تصرفه فيه .

نعـــــم: وإنما تكون التخلية قبضاً عند أهل المذهب بشروط قد انتضمتها عبارة المختصر.

الشرط الأول : أن تكون في عقد صحيح إذ هو المعتبر شرعاً فإن كان العقد فاسداً لم تكن التخلية فيه قبضاً بل لابد في صحة قبضه من تنقيل المنقول والتصرف في غيره .

الشرط الثاني: أن يكون العقد نافذاً غير موقوف حال التخلية فلو كان العقد موقوفاً ووقعت التخلية قبل الإجازة لم تكن التخلية قبضاً فإن وقعت بعد الإجازة كانت قبضاً لوقوعها بعد نفوذ العقد حينئذ .

ولأجل هذا التفصيل عدل المؤلف عليلم عن قوله في الأزهار" غَيْرَ مَوْقُوفٍ "[٣] إلى قوله "نافذ" وأيضاً فظاهر عبارة الأزهار توهم بمفهومها أن التنقيل في الموقوف قبل الإجازة يكون قبضاً صحيحاً وأن التخلية في الموقوف لا يكون قبضاً ولو وقعت بعد الإجازة وليس كذلك كما لا يخفى .

الشرط الثالث: أن تكون التخلية واقعة في مبيع غير معيب فلو خلا البايع [٤/] بين المشتري وبين المبيع المعيب لم تكن التخلية قبضاً فإذا تلف المبيع قبل أن يتلفه المشتري تلف من مال البايع سواء علم المشتري العيب أم جهله .

الشرط الرابع: أن لا يكون المبيع ناقصاً عما شمله العقد فلو خلى البايع بين المشتري وبين بعض المبيع لم يكن ذلك قبضاً ما لم يحضره جميعاً إذ لا يلزم المشتري قبض بعض المبيع وحده .

الشرط الخامس: أن لا يكون ثمة مانع للمشتري من قبض المبيع بأن يكون في يد الغير وسواء كان ذلك نحو كالإجازة والرهن أم بغير حق كالغصب والعارية أو يكون يخشى عليه من ظالم إذا قبضه أو يكون المبيع فرساً نفوراً [ثم] [٥]

---

1 - في(ب)" وقال ك".
2 - شرح الأزهار - (١ / ٥٣٢) .
3 - الأزهار - (١ / ٩٤).
4 - نهاية ورقة ٢٠٢ من (ب).
5 - الزيادة من(أ).

صعب[1] قبضه فلا بد في[2] صحة التخلية من تمكينه[3] رسنه[4] إلى يده وكذلك ما أشبه الفرس من الحيوان وأما[5] نحو البقر فيكفي أن يحوزه في مكان يمكن أخذه باليد .

الشرط السادس: أن لا يكون ثم[6] مانع من الانتفاع بالمبيع نحو أن يكون المبيع مشغولاً يملك البايع أو غيره نحو أن يبيع أرضاً ويستثنى زرعها فإنه لا يصح قبضها حتى يحصد الزرع ونحو أن يبيع منزلاً وهو مشغول بمتاع البايع فإنه لا يصح قبضه بالتخلية حتى يفرغه البايع إلا أن يرضى المشتري بذلك صح قبضه بالتخلية حينئذ ذكره الفقيه س [7].

ومن أمثلة المانع من الانتفاع أن يكون المنزل المبيع مغلقاً فلا تكون التخلية [حينئذ] [8] فيه قبضاً إلا مع تسليم مفاتيحه التي يمكن فتحه بها .

ومن شرط صحة القبض بالتخلية حضور المبيع والتمكن من قبضه ونفعه حال التخلية ولا يكفي في ذلك مضى وقت يمكن حضور المبيع فيه إلا عن الفقيه ح [9].

وإنما حذف قوله في الأزهار " فِي الْحَالِ "[10] لظهور[11] [ذلك][12].

وقوله: "غالباً" احتراز من أن يرضى المشتري بالمبيع المعيب أو الناقص أو مع وجود المانع من أخذه أو نفعه فإن التخلية [حينئذ] [13] تكون قبضاً وهذا الاحتراز راجع إلى قوله "مبيع غير معيب" إلى آخره .

وإنما أعاد لفظه[14] في للتنبيه[15] على ذلك وأسقط قوله في الأزهار "ولَا أَمَانَةً "[16] إذ لا معنى للتخلية في الأمانة لما تقدم من أنه لا بد فيها من تجديد القبض بعد العقد فإذا[17] لم

---

1 - في(ب)" يصعب ".
2 - في(ب)" من".
3 - في(ب)" تمكنه ".
4 -الرسن: الحبل، والجمع أرسان. ورسنت الفرس فهو مرسون، وأرسنته أيضا، إذا شددته بالرسن. الصحاح للجوهري(٦ / ٤٠١).
5 - في(ب)" فأما ".
6 - في(ب)" ثمة ".
7 - شرح الأزهار - (٣ / ٤٩).
8 - الزيادة من(ب).
9 - شرح الأزهار - (٣ / ٥٠) بنحوه .
10 - الأزهار - (١ / ٩٤).
11 - في(ب)" لظهوره ".
12 - الزيادة من (أ).
13 - الزيادة من(أ).
14 - في(ب)" الضمير".
15 - في(ب)"التنبيه ".
16 - الأزهار - (١ / ٩٤).
17 - في(ب)" وإذا ".

يكن القبض المتقدم على العقد كافياً فكذلك [لا تكفي التخلية] [١] بطريق الأولى إذ القبض المحقق أقوى[٢] منها ، وأسقط أيضاً قوله [في الأزهار] [٣]"مَقْبُوضَ الثَّمَنِ أَوْ فِي حُكْمِهِ"[٤] لأن قبض الثمن في التحقيق ليس شرطاً في صحة التخلية بدليل أنهم فسروا ما في حكمه بأن يقول البايع للمشتري اقبض المبيع فتكون التخلية مع ذلك قبضاً وإن لم يكن البايع قد قبض الثمن، فدل ذلك على أن الإذن بالقبض كافٍ في صحة التخلية و[٥/] معلوم أن الإذن داخل في حقيقة التخلية فلا يكون شرطاً إذ من حق الشرط أن يكون أمراً زائداً على حقيقة المشروط أيضاً فإنه سيأتي أن القبض للمبيع إنما يستحق بالإذن، أو توفير الثمن في العقد الصحيح فقيل ذلك لا يصح القبض الحقيقي لعدم استحقاقه فكذا لا تكون التخلية قبل ذلك قبضاً بطريق الأولى، وأيضاً فقد وقع في نسخ الغيث اضطراب في تفسيرها ما هو في حكم القبض، فقال في بعض نسخه" هو أن يكون المبيع حاضراً أو يقول للمشتري اقبض" يعني المبيع وفي بعضها "نحو أن يكون حاضراً، أو يقول المشتري اقبض، قيل يعني الثمن قيل وهذا هو الصواب والله أعلم [٦].

قوله عليلم: " **وتقديم تَسْلِيم الثَّمَنِ إنْ حَضَرَ الْمَبِيعُ**" يعني إذا تشاجر البايع والمشتري أيهما يسلم [أولاً] [٧] فالصحيح للمذهب وجوب تسليم الثمن أولاً إذا كان المبيع حاضراً يمكن قبضه عقيب تسليم الثمن، ووجهه أن حق المشتري، وهو المبيع قد تعين فيجب أن يعين حق البايع، وهو الثمن فإن كان المبيع غائباً حينئذ لم يلزم المشتري تقديم تسليم الثمن ذكر معنى ذلك في التذكرة للمذهب وهو قول ح، وأحد أقوال ش [٨].

وقال ص بالله: وهو أحد أقوال ش: بل يلزم[٩] تسليم المبيع لأن البايع مسلط على التصرف في الثمن فيسلط المشتري على التصرف في المبيع وعلى أحد أقوال ش هما مستويان فمن طالب طولب وقيل لا يجبر أيهما على التسليم أولاً فمن تبرع منهما بتسليم ما عنده أجبر الآخر.

---

1 - في(ب)" التخلية لا تكفي "بدل ما بين المعقوفتين.
2 - في(ب)" أولى ".
3 - الزيادة من(أ).
4 - الأزهار - (١ / ٩٤).
5 - نهاية ورقة ١٩٥ من (أ).
6 - الغيث المدرار ج٣(خ)
7 - الزيادة من (أ).
8 - التذكرة الفاخرة (٣٤٢) و العناية شرح الهداية - (٩ / ١٩٢) و روضة الطالبين- (٤ / ٢٤٩).
9 - في (ب)"تقدم".

وقال م بالله: يعدل الثمن ثم يسلم المبيع قيل [و] [1]هذا الخلاف حيث لم يقع شرط [حال العقد] [2]فإن وقع شرط عمل بحسبه [اتفاقاً] [3] [4].

فـــــرع: فلو سلم المشتري الثمن ثم أبق العبد المبيع قبل قبضه لم يكن للمشتري أن يسترد الثمن إذ قد أسقط حقه من جنسه لكن له الفسخ بالاباق ثم يطلب الثمن .

فـــــــرعٌ: وَيُجْبَرُ الْمُشْتَرِي عَلَى قبض المبيع [مِنْ الْبَائِعُ] [5] إذْ هُوَ حَقٌّ للبائع لِيَخْرُجَ عَنْ الضَّمَانِ، فَإِنْ رد فَوَجْهَانِ:

أَصَحُّهُمَا يَدْفَعُهُ[6] البايع إلى الْحَاكِمِ فيبرأ ذكره الإمام ح[7] وَقِيلَ يَقْبِضُهُ مِنْ نَفْسِهِ لِلْمُشْتَرِي فَيَصِيرُ أَمِينًا.

قال الإمام ح: أَمَّا حَيْثُ لَا حَاكِمَ فَنَعَمْ، إذْ لَهُ وِلَايَةٌ [8].

قوله عليلم: " **ويصح التوكيل بالقبض ولو البايع** " أي يصح من المشتري أن يوكل من يقبض له المبيع ولو كان الوكيل هو البايع بأن يقبض المبيع[9] من نفسه للمشتري، فإن ذلك يصح على المذهب ويكون قبضه بالتنقيل في المنقول، وبالتصرف في غيره ليتميز قبض المشتري من قبضه، وعلى قول ش وأحد قولي م بالله لا يصح توكيل البائع بالقبض مطلقاً إذ يلزم أن يصير مطالباً لنفسه بالثمن لتعلقه بقابض المبيع .

ويكون مطالباً لنفسه بالمبيع لأجل الوكالة وهو محال.

قال في البحر: قلت[10]: لَا نُسَلِّمُ الْإِحَالَةَ ، إذْ الْبَائِعُ حِينَئِذٍ كَالْمُتَبَرِّعِ بِتَسْلِيمِ الْمَبِيعِ ، وقال الإمام ح عن[11] أحد قولي م بالله لا يصح ذلك لما[12] مر إلا أن يُعْطِيه إنَاءً لِيَجْعَلَهُ فيهِ ، إذْ ذَلِكَ نَوْعُ تَصَرُّفٍ مِنْ الْمُشْتَرِي ، فَأَشْبَهَ الْقَبْضَ [13].

---

1 - الزيادة من (ب).
2 - الزيادة من (أ).
3 - الزيادة من (أ).
4 - شرح الأزهار - (٣ / ٥٠) .
5 - الزيادة من (ب).
6 - في البحر الزخار"يرفعه" (٨ / ٣٨٨) .
7 - في (ب) " ي ".
8 - البحر الزخار (٨ / ٣٨٨) .
9 - في (ب) " الوليل ".
10 - في البحر " قُلْنَا ".
11 - في (ب) "على ".
12 - في (أ) "كما ".
13 - البحر الزخار (٨ / ٣٨٩) .

وحذف قوله [في الأزهار] [١]" ولَا يَقْبِضَ بِالتَّخْلِيَةِ"[٢] إذ لا يتصور ابتداء التخلية في حق البايع إذ هي حاصلة مستمرة وإنما يتصور في حق غيره .

قيل: وهذا الخلاف في قبض الهبة والصدقة والرقبة المؤجرة والرهن والدين إذ أوكل من هو عليه بقبضه من نفسه ذكره في التقرير [٣].

فـــــرعٌ: وإذا تلف المبيع في يد البايع بعد توكيله بقبضه فادعى أنه كان قبضه وأنكر المشتري فالبينة على البايع لأنه يدعي سقوط الضمان عنه وإن تلف المبيع بجناية الغير فادعى المشتري أن البايع قد كان قبضه له فيكون الضمان له، وأنكر البايع ذلك فالبينة[/٤]على المشتري .

فـــــرعٌ: وإذا قال المشتري للبائع يبقى المبيع معك حتى ءآتيك بالثمن لم يكن ذلك توكيلاً له بقبضه فإن قال أمسكه أو[٥]أنفق عليه حتى آتيك بالثمن كان [ذلك] [٦]توكيلاً له بقبضه والإنفاق عليه فإذا فعل صح ورجع على المشتري بما أنفق مما هو معتاد على المذهب .

مسألة: وإذا قال المشتري للبائع أبعث بالمبيع إلي مع فلان أو نحو ذلك، ثم فعل وتلف المبيع مع فلان [فهو] [٧] من[٨] مال البايع إلا أن يجري العرف بأنه يكون وكيلاً للمشتري فهو من ماله وإن قال ادفعه إلى فلان أو سلمه إليه أو اعطه إياه فذلك توكيل لفلان فمتى سلمه إليه برئ من ضمانه، ولعل هذا هو يستقيم إذا علم فلان بأمر المشتري بالتسليم إليه لا مع جهله لأن علم الوكيل بالوكالة شرط في صحتها عندنا هكذا في بيان ابن مظفر [٩].

ووجه الفرق بين قوله "ابعث به" وبين قوله "ادفعه ونحوه" أن قوله ادفعه أمارة على أنه قد واطئ [١٠]الرسول على قبضه وذلك توكيل صحيح بخلاف قوله ابعث [به] [١١] فلا إمارة فيه على ذلك ذكر معناه في البحر [١٢].

---

1 - الزيادة من (أ).
2 - الأزهار - (١ / ٩٤).
3 - التقرير شرح التحرير (خ) .
4 - نهاية ورقة ٢٠٣ من (ب).
5 - في (ب) " و ".
6 - الزيادة من (أ).
7 - الزيادة من (أ).
8 - في (ب) " فمن ".
9 - بيان ابن مظفر (ج٢/٥٢٤).
10 - في (أ) "وطا " وهو تحريف.
11 - الزيادة من(أ).
12 - البحر الزخار - (٨ / ٣٩٢) .

قوله عليلم:" **والْمُؤَنَ قَبْلَ الْقَبْضِ عَلَيْهِ غالباً** " يعني أن مؤن المبيع قبل أن يقبضه المشتري واجبة على البايع لا على المشتري أنه[1] يجب على البايع تسليمه ولا يتم إلا بذلك فوجب وذلك كنفقة العبد وعلف البهيمة المبيعين ومؤنة فصل المبيع حيث هو خشبة من سقف أو حجر من بناء أو فص من خاتم وكذلك مؤنة كيل المبيع ووزنه حيث هو مكيل أو موزون وكذلك الذرع في المذروع.

وقوله: "غالباً" احتراز من قطف الثمار فإنه على المشتري ووجهه أن التخلية للثمن على الشجر مع تعين مقطفها كافٍ في التسليم إذ لا مانع من أخذه بخلاف الخشبة في السقف ونحوها فالمانع حاصل وهو ما اتصل به من ملك البايع على وجه لا يمكنه فصل المبيع منه إلا بعلاج ويتقبل لملك البايع وما أشبه ذلك وذلك لا يكفي في التخلية ثم أن العرف جار في الثمار أن[2] القطع فيه على المشتري بعد التخلية وفيما عدا الثمار جرى العرف بأن القطع على البائع والعرف حاكم.

واحترز أيضاً من صب المكيال فإنه على المشتري إذا كان البايع قد ملأ المكيال لأن حقه قد تميز وصارت التخلية صحيحة .

قيل: وهذا حيث كان المبيع مكيالاً واحداً فأما إذا كان أكثر من مكيال فلا يجب الصب على المشتري إلا في آخر مكيال إذ لا يلزمه قبض بعض المبيع.

وظاهر كلام الأئمة أن الصب على المشتري مطلقاً ووجهه أنه يغتفر التفريق بالوقت اليسير وهو وقت الكيل، وأما الفطرة فيجب على المشتري اتفاقاً لأن النفقة لم تجب عليه لأجل الرق[/٣] وإنما وجبت عليه لأجل[4] التسليم.

وعن ط: أن النفقة والفطرة كليهما على المشتري إذ المبيع ملكه وإنما حذف المؤلف [عليلم] [5] قوله في الأزهار "كَالنَّفَقَةِ"[6] إلى آخره لأن ذلك التمثيل غير حاضر لجميع[7] ما يجب على البايع فكان الاقتصار على ذكر المؤن أرجح مع الاحتراز عن القطف والصب بقوله "غالباً" للاحتراز[8] .

---

1 - في (ب) " إذ ".
2 - في (ب) " بأن ".
3 - نهاية ورقة ١٩٦ من (أ).
4 - في (ب) " لوجوب ".
5 - الزيادة من (أ).
6 - الأزهار - (١ / ٩٤).
7 - في (ب) " بجميع ".
8 - في (ج) " للاختصار ".

قوله عليلم: "**وَلَا يَجِبُ التَّسْلِيمُ إلى مَوْضِعِ الْعَقْدِ ولا مَنْزِلِ الْمُشْتَرِي غَالِبًا**" أي لا يجب على البائع أن يسلم المبيع إلى الموضع الذي وقع فيه العقد وإنما الواجب تسليمه حيث هو وقوله غالباً احتراز من أن يجهل المشتري موضع المبيع عند العقد فإنه يجب تسليمه إلى موضع العقد اتفاقاً .

وهذا الاحتراز راجع إلى الطرف الأول وهو قوله ولا يجب التسليم إلى موضع العقد.

قال في الغيث: وحاصل المسألة أن المبيع إما أن يكون سلما فلا بد من بيان المكان المسلم فيه وإن كان غير مسلم فأما أن يشرط تسليمه في موضع أولاً إن شرط لزم الوقاية وإن لم يشرط فأما أن يعلم موضعه أولاً إن لم يعلم موضعه وجب في موضع العقد اتفاقاً وإن انكشف في غيره.

قيل: وللمشتري الفسخ إن شاء قبل الإحضار وإن عرف المشتري أنه في غير موضع العقد لم يجب تسليمه إلى موضع العقد، وقال م بالله يجب انتهى[١].

ووجهه أن ذلك من تمام التسليم واحترز أيضاً من أن يجري العرف بالتسليم إلى موضع المشتري كما في الحطب والحشيش ونحوهما في البلد الواحد فإنه يجب على البائع إيصاله إلى موضع المشتري للعرف.

قوله عليلم: "**ويُسَلِّمَ الشَّرِيكُ بِحُضُورِ شَرِيكِهِ أو ما في حكمه** " اعلم أن لكل واحد من الشركاء أن يبيع نصيبه في المشتركة[٢] ولو من ظالم لكنه يأثم إن قصد الضرار [٣].

قيل س: إلا حيث شريكه مضار له فلا إثم وحيث لم يقصد الضرار[٤] لكنه يعرف أن المشتري يضار شريكه فلعله يكون كبيع السلاح والكراع من الكفار والفساق وفيه ما تقدم، ثم أنه إذا باع نصيبه فليس له أن يسلم الشيء المشترك إلى المشتري إلا بحضور شريكه حيث لا يخاف عليه من ظالم أو ما في حكم حضوره وهو أن يأذن له بذلك أو يأذن له الحاكم لتمرد الشريك عن الحضور والإذن أو غيبته [غيبة] [٥] يجوز فيها الحكم.

---

1 -الغيث المدرار ج٣(خ) .

2 - في (ب) " المشترك ".

3 - في (ب) "الضرر ".

4 - في (ب) "الضرر ".

5 - الزيادة من (أ).

قيل س: أو في نوبته ولعل ذلك حيث يكون المشتري في الناحية فإن وقع التسليم على أحد الوجوه المذكورة ثم تلف المشترك فلا ضمان إلا أن يفرط فيه المشتري بعد قبضه فإنه يضمنه لتفريطه [١].

قوله عليلم: " **وَإِلَّا ضَمِنَ إنْ أَذِنَ وَالْقَرَارُ عَلَى الْآخَرِ إنْ جَنَى أَوْ عَلِمَ** " أي وإن لا[٢] يكن التسليم للمشترك بحضور الشريك ولا إذنه ولا إذن الحاكم حيث يعتبر ضمن البايع نصيب شريكه الذي سلمه مع نصيبه وإنما يضمنه إذا أذن للمشتري بالقبض فإن تلف المشترك ضمن البايع لشريكه قيمة نصيبه وقرار الضمان على المشتري إن جنى على المشترك أو علم بأن التسليم بغير إذن الشريك لا يجوز و معنى ذلك أن البايع إذا غرم لشريكه رجع على المشتري بما غرم إن جنى المشتري أو علم كما تقدم فإن لم يجن ولا يعلم وتلف نصيب الشريك بآفة سماوية كان قرار الضمان على [البايع وإن تلف بجناية كان قرار الضمان على] [٣] الجاني كائنا من كان وإن[٤] قبضه المشتري لا بإذن البايع فتلف فضمانه على المشتري ولا ضمان على البايع وعلى ما ذكره الفقيه س إذا سلمه البايع في نوبته فلا ضمان عليه وإن لم يحصل إذن من أحد ووجه الضمان حيث يجب على البايع والمشتري بتقبلهما المشترك[/٥] عدوانا .

تنبيـــــه: تفسير قوله "أو علم" في الأزهار والأثمار بأن المعنى "أو علم التسليم بغير إذن الشريك، لا يجوز، هو كما في الغيث، والذي في شروح التذكرة، وغيرها أن المراد أو[٦]علم بالشركة،[٧] ومفهومه أنه إن لم يعلم بها ولم يجن لم يكن قرار الضمان عليه .

قال في شرح الأثمار: واختار هذا المؤلف [عليلم][٨].

قال: وأما ما يفهم من عبارة الغيث من أنه إذا جهل كونه لا يجوز للشريك التسليم إلا برضا شريكه أو حضوره أن لذلك تأثيراً في أنه إذا جهل كونه لا يجوز للشريك التسليم إلا برضا شريكه أو حضوره أن لذلك تأثيراً في أنه لا يكون قرار الضمان عليه فغير صحيح إذ لا تأثير لجهل التحريم في الضمان.

---

1 -البيان لابن مظفر (ج٢/٥٢٤) .
2 - في (ب) "لم ".
3 - الزيادة من(أ) .
4 - في (ب) "فإن ".
5 - نهاية ورقة ٢٠٤ من (ب).
6 - في (ب) "و".
7 - الغيث المدرار ج٣(خ).
8 - الزيادة من (ب).

قال عليلم: فالأولى أن يفسر الأزهار والأثمار بما ذكروه في شرح التذكرة وفسروا كلامها به انتهى .

قوله عليلم: " **وينفذ قَبْلَ الْقَبْضِ الْوَقْفِ وَالْعِتْقِ وَلَوْ بِمَالٍ**" أي ينفذ في المبيع قبل أن يقبضه المشتري وقفه إياه وعتقه وكذا جعله مسجلاً أو نحوه مما هو استهلاك له إذ له قوة فأشبه ما إذا أتلف المبيع قبل أن يقبضه فإنه يتلف من ماله.

وقوله :"ولو بمال" معناه ولو كان العتق بمالٍ كالكتابة وشراء العبد نفسه فإن ذلك يصح قبل القبض إذ هو استهلاك كما تقدم، وقد أفادت العبارة بمفهومها أنه لا يصح فيه قبل قبضه غير ما ذكر من التصرفات كالبيع والإجازة والهبة والنذر والوصية والتزويج والرهن، هذا هو المذهب وهو قول ش ومحمد [١].

والحجة لذلك ما ورد من الأحاديث في النهي عن بيع ما لم يقبض كحديث حكيم بن حزام أنه سأل النبي صلى الله عليه وآله فقال:" إني أشتري بيوعاً [كثيرة] [٢] فما يحل لي منها فقال إذا اشتريت بيعاً فلا تبعه حتى تقبضه" [٣]هكذا في أصول الأحكام [٤].

وفي رواية النسائي عنه قال:" ابتعت طعاماً من طعام الصدقة فربحت فيه قبل أن أقبضه فأتيت رسول الله صلى الله عليه وآله فذكرت ذلك له فقال لا تبعه حتى تقبضه" [٥].

وعن ابن عمر قال:" ابْتَعْتُ زَيْتًا في السُّوقِ فلما اسْتَوْجَبْتُهُ[لِنَفْسِي][٦]لَقِيَنِي [٧]رَجُلٌ فَأَعْطَانِي بِهِ رِبْحًا حَسَنًا فَأَرَدْتُ أَنْ أَضْرِبَ على يَدِهِ فَأَخَذَ رَجُلٌ من خَلْفِي بِذِرَاعِي فَالْتَفَتُّ فإذا [هو] [٨] زَيْدُ بن ثَابِتٍ فقال لَا تَبِعْهُ حَيْثُ ابْتَعْتَهُ حتى تَحُوزَهُ إلى رَحْلِكَ فإن رَسُولَ اللَّهِ صلى الله عليه وآله نهى أَنْ تُبَاعَ السِّلَعُ حَيْثُ تُبْتَاعُ حتى يَحُوزَهَا التُّجَّارُ إلى رِحَالِهِمْ " أخرجه أبو داود[٩] .

1 - شرح الأزهار - (٣ / ٥٢) و إعانة الطالبين- (٣ / ٣٨).
2 - الزيادة من المخطوط .
3-أخرجه الدار قطني في سننه -كتاب البيوع -رقم٢٥ (ج٣/ص٨). وعبد الرزاق في مصنفه - باب النهي عن بيع الطعام حتى يستوفى - رقم١٤٢١٤ (ج٨/ص٣٩).
4 - أصول الأحكام في الحلال والحرام - (٢ / ١).
5 - أخرجه النسائي في السنن الكبرى- كتاب البيوع - بيع الطعام قبل أن يستوفى-رقم٦١٩٥ (ج٤/ص٣٧) .والحديث صحيح كما قال الألباني (صحيح وضعيف الجامع الصغير - (١ / ٣٤٣) .
6 - سقط من المخطوط.
7 - بعدها زيادة "به"من (ب)وهذه زيادة غير مستقيمة.
8 - الزيادة من المخطوط.
9-أخرجه أبو داود في سننه - كتاب الْإِجَارَةِ - بَاب في بَيْعِ الطَّعَامِ قبل أَنْ يَسْتَوْفِيَ -رقم٣٤٩٩ (ج٣/ص٢٨٢).وحسنه الألباني أنظر صحيح وضعيف سنن أبي داود رقم٣٤٩٩.

وعن ابن عباس قال أما الذي نهى عنه النبي صلى الله عليه وآله فَهُوَ الطَّعَامُ أَنْ يُبَاعَ حتى يُقْبَضَ قال ابن عَبَّاسٍ ولا أَحْسِبُ كُلَّ شَيْءٍ إلا مثله "هذه روايات الصحيحين[١] وفي ذلك أحاديث أخر.

فــــرع: والضابط عند أهل المذهب أن كلما يبطل بالعقد بتلفه لا يصح التصرف فيه قبل قبضه فخرج المهر وعوض الخلع والصلح عن دم العمد ونحوها، فيصح التصرف فيها قبل قبضها وعن البتي[٢] يصح في كل شيء، وعن ح وأصحابه [يصح] [٣]في[/٤] غير المنقول ولا يصح في المنقول إذ خبر حكيم وارد فيه [٥].

قلنا: رواية أصول الأحكام، وخبر ابن عمر عامّان، ويؤيد العموم كلام ابن عباس الذي مر، وعن عمر وابن المسيب لا يصح في المكيل والموزون والمذروع والمعدود لخبر حكيم ونحوه [في المكيل] [٦] فقيس[٧]عَلَيْهِ الثَّلَاثَةُ بجامع التقديم[٨] .

وقال ك: لا يصح في الطعام فقط لورود الخبر فيه. لنا ما تقدم.

قَالُوا: عِلَّةُ المنع خَشْيَةُ تَلَفِهِ قَبْلَ الْقَبْضِ ، وَغَيْرُ الْمَنْقُولِ لَيْسَ كَذَلِكَ .

قُلْنَا: بَلْ تلفه مُمْكِنٌ بِسَيْلٍ أَوْ نَحْوِهِ. سَلَّمْنَا فأدلتنا عامة، وَالْعِلَّةُ ضَعْفُ الْمِلْكِ قبل الملك.

وقال ش: بَلْ العلة تَوَالِي الضَّمَانَيْنِ، ضَمَانُ الْبَائِعِ وَضَمَانُ الْمُشْتَرِي فَيَتْلَفُ مِنْ مَالِهِمَا فَيَكُونُ مِلْكًا بَيْنَ مَالِكَيْنِ وَهُوَ مُمْتَنِعٌ.

فَعَلَيَّ هَذَا لَهُ بَيْعُهُ مِنْ بَائِعِهِ وَهِبَتِهِ.لنا ما تقدم من عموم الأدلة [٩].

قوله عليلم:" **ثُمَّ إنْ تَعَذَّرَ الثَّمَنِ فَلِلْبَائِعِ فَسْخُ مَا لَمْ يَنْفُذْ واسْتِسْعَاؤُهُ فِي النَّافِذِ بِالْأَقَلِّ وَيَرْجِعُ عَلَى نحو الْمُعْتِقِ**" يعني إذا كان المبيع عبداً فأعتقه المشتري قبل قبضه، وقلنا بصحة[١٠] العتق كما تقدم، ثم تعذر على البايع قبض الثمن من المشتري لإفلاس أو لغيره[١]

---

1 - أخرجه البخاري في صحيحه - كِتَاب الْبُيُوعِ - بَاب ما يُذْكَرُ في بَيْعِ الطَّعَامِ وَالْحُكْرَةِ-رقم٢٠٢٨ (ج٢/ص٧٥١). ولم أعثر عليه في صحيح مسلم.
2 - في (ب) "النبي ص" وهو تصحيف.
3 - الزيادة من (أ) .
4 - نهاية ورقة ١٩٧ من (أ).
5 - البحر الزخار (٦ / ٤٩٣)و الجوهرة النيرة - (٢ / ٢٩٣)بنحوه وتبيين الحقائق - (٤ / ٨٠).
6 - الزيادة من (ب).
7 - في (أ)" مقيس".
8 - في (أ)"التقدير".
9 - البحر الزخار (٨ / ٩٢). و التاج والإكليل لمختصر خليل (٧ / ٢٣٧).والبهجة في شرح التحفة - (٢ / ٤١).
10 - في (ب)"يصح".

لغيره[1] فإن كان العتق غير نافذ كالتدبير قبل الموت والكتابة قبل الإيفاء فللبائع فسخهما فيبطل العتق ويبيعه الحاكم عن المشتري لإيفاء البايع ثمنه وإن كان العتق نافذاً كالمطلق والتدبير بعد الموت والكتابة بعد الإيفاء فللبائع أن يستسعى العبد في الأقل من ثمنه أو قيمته فإن كان الثمن أكثر من القيمة سعى بها وإن كانت القيمة أكثر سعى بالثمن ويدفع ما سعى به منهما إلى البايع ويرجع العبد على معتقه بما سعى به ووجه وجوب الاستسقاء[2] أن حق البايع أسبق من حق العبد ومن حق المشتري إذ له إمساكه حتى يستوفي ثمنه وليس له نقض العتق النافذ كما أن من أعتق في مرضه عبداً لا يملك غيره كان لصاحب الدين استسعاؤه في جميع قيمته وإن لم يكن عليه دين كان للورثة في ثلثي قيمته وليس لأيهم نقض عتقه .

وأما وجه نقض الكتابة قبل الإيفاء فلأنها تنقض بالحق الواجب نحو أن يعجز فيرد في الرق وكذلك التدبير ينقض بالحاجة على ثمنه ووجه رجوع العبد على معتقه أن أصل الوجوب عليه.

قيل ع: ولكن[3] إنما يثبت الرجوع على المشتري هنا بشرطين:

الأول: أن ينوي الرجوع.

الثاني: أن يكون ذلك بإذن الإمام أو الحاكم، وقيل لا يحتاج إلى ذلك إذ له ولاية وهذا إذا أعتقه المشتري من دون عوض فإن أعتقه على مال فإنه إذا سلمه إلى البايع بأمر المشتري أو بأمر الحاكم برئ منه [4].

فـــــرع: فإن كان عتقه عن كفارة فالأصح أنه يجزيه وإن لزمت السقاية لأن للعبد أن يرجع عليه بما سعى به ووجه كون السعي بالأقل القياس على ما ذكروه في المرهون.

قال في الغيث: قلت وأما لو[5] تعذر [الثمن] [6]بعد أن أوقفه[7] المشتري قبل قبضه فإنه يستسعى كما في العتق فإن لم يكن عبداً استغله البايع حتى يستوفي الثمن انتهى بمعناه[8].

---

1 - في (ب)"غيره ".

2 -الإستسعاء مأخوذ من السعي وهو العمل. المطلع - (١ / ٣١٥) وفي قول العلماء: أن العبد يكلف الاكتساب.والطلب، حتى تحصل قيمة نصيب الشريك الآخر، فإذا دفعها إليه عتق. و في قول البعض: هو أن يخدم سيده الذي لم يعتق بقدر ماله فيه من الرق. القاموس الفقهي - (١ / ١٧٣).

3 - في (ب)"ويمكن ".

4 - المنتزع المختار من الغيث المدرار المعروف بشرح الأزهار - (١٣ / ١٤٩).

5 - في (ب)" إذا".

6 - الزيادة من(أ).

7 - في (أ)"وقفه ".

8 -الغيث المدرار ج٣(خ) .

وقيل: في الوقوف إنما يستسعيه أو[1] يستغله بالأقل كما في العتق .

قيل: والقياس أن يرجع العبد على واقفه بما سعى به وأن يرجع الموقوف عليه على الواقف بالعلة والله أعلم[2] .

قوله عليلم: " **وَمَنْ أَعْتَقَ مَا اشْتَرَاهُ مِنْ مُشْتَرٍ لَمْ يَقْبِضْ صَحَّ إنْ أَعْتَقَهُ بَعْدَ الْقَبْضُ بِإِذْنِ الْأَوَّلَيْنِ أَوْ الثَّانِي مسلماً لِلثَّمَنِ**"[/3] يعني من اشترى مملوكاً ثم أعتقه وكان شراؤه له من مشترٍ أول لم يكن قد قبض ذلك المملوك بعد شرائه له حتى باعه قبل قبضه له فإن هذا العتق يصح حيث أعتقه هذا المشتري الآخر بعد أن قبضه بإذن البائع الأول والمشتري الأول كليهما، وسواء كان قد سلم الثمن أم لا أو قبضه بإذن المشتري الأول الذي هو البايع الثاني الذي باع قبل القبض كان إذنه بعد أن سلم الثمن إلى البايع، فإن العتق يصح أيضاً.

وحذف قوله في الأزهار" وَإِلَّا فَلَا "[4] لاستفادته من مفهوم الشرط إذ المفهوم أنه إذا أعتقه قبل القبض أو بعد القبض من دون إذن من أي الأولين على التفصيل المتقدم فإن العتق لا يصح وإنما لم يصح العتق قبل القبض لأن البيع الثاني فاسدٌ لوقوعه قبل قبض المشتري للمبيع والعقد الفاسد لا يملك المبيع فيه إلا بالقبض، والعتق لا يصح إلا بعد الملك وإنما لم يصح العتق إذا وقع بعد القبض بغير إذن لأن القبض في العقد الفاسد لا يقتضي الملك إلا إذا وقع بإذن البايع كما سيأتي، وإنما أعتبر إذن الأول إذا لم يكن البايع[5] قد سلم له الثمن، لأن الثاني ليس له أن يقبضه إلا بإذن الأول، إذا لم يكن قد سلم الثمن فكما[6] ليس له أن يقبضه كذلك ليس له أن يأذن للمعتق بقبضه فلم يكن إذنه وحده كافياً عدا ما صححه المذاكرون للمذهب، وهو أن العتق بعد العتق الثاني يصح بالشروط المذكورة وكذلك كل تصرفٍ، ولا يصح العتق ولا غيره فيما ذكر مع انتفاء تلك الشروط .

وقال ع: إذا قبضه بإذن الثاني قبل تسليم الثمن صح عتقه لا بيعه واحتج بأن المشتري الأول كان له أن يعتقه من غير أن يقبضه من البايع فإذا أذن لمشتريه بقبضه فقبضه وأعتقه كان ذلك إذناً له في مثل ما كان له فعله، وهو العتق فقام فعل المشتري منه مقام فعله[7] .

---

1 - في (أ)"إذ ".
2 - المنتزع المختار من الغيث المدرار المعروف بشرح الأزهار - (١٣ / ١٥٠).
3 - نهاية ورقة ٢٠٥ من (ب).
4 - الأزهار - (١ / ٩٤).
5 - في (ب)"الثاني ".
6 - في (ب)" كما".
7 - شرح الأزهار - (٣ / ٥٤)بنحوه .

قوله عليلم: "**وَيَسْتَحِقُّ الْقَبْضَ بالإذن مُطْلَقًا أَوْ تَوْفِير الثَّمَنِ فِي الصَّحِيحِ**" أي يستحق المشتري قبض المبيع بأحد أمرين إما بإذن البايع سواء كان العقد صحيحاً أم فاسداً [وإما بتسليم الثمن للبائع إذا كان العقد صحيحاً وإن لم يأذن للمشتري بالقبض وإما إذا كان العقد فاسداً] [١] فلا يصح قبض المبيع ولو بعد تسليم الثمن إلا بإذن البايع لأن المبيع في العقد الفاسد لا يملك بالعقد بل لا بد فيه من القبض بإذن البايع كما تقدم والوجه في اشتراط توفير الثمن في العقد الصحيح أن للبائع حبس المبيع حتى يستوفي الثمن فلذلك لم يصح قبضه إلا بإذنه أو تسليم ثمنه إليه .

قوله عليلم: " **فَلَا يُمْنَعُ مِنْهُ إِلَّا ذُو حَقٍّ**" يعني أن المشتري إذا أستحق قبض المبيع بأي الوجهين المتقدمين جاز له قبضه أينما وجده سواء وجده في يد البايع أم في يد غيره ولا يجوز لأحد أن يمنعه من قبضه إلا من له حق في المبيع متقدم على الشراء كالمستأجر له فإن له منعه حتى تنقضي مدة الإجارة إذا لم يكن البيع لعذر كما تقدم .

وأما الغاصب والسارق فليس لهما حبس المبيع حيث هو في أيديهما إذ لا حق لهما فيه وكذلك المستعير والوديع، وأما المرتهن فله حبسه واسترجاعه إذ هو يمسكه بحق وحقه أقوى من حق المستأجر[٢/] لأن الإجارة تنفسخ بالبيع لعذر بخلاف الرهن .

قوله عليلم: "**ويثبت بالقبض أحكامه غالباً**"يعني أن المشتري متى قبض المبيع قبضاً صحيحاً ثبت له أحكام القبض وهي صحة بيعه وهبته وتأجيره وسائر التصرفات وكونه يتلف من مال المشتري ونحو ذلك.

[و] [٣] قوله: "**غالباً** " احتراز من بعض الصور فإن بعض الأحكام لا يثبت فيها بمجرد القبض وذلك نحو أن يشتري مبيعاً مقدراً بكيل أو وزن الموزون وعد المعدود وسواء كان المشتري الثاني مشاهداً لكيل المشتري الأول ووزنه ونحوهما أم لا فإنه لا يجوز له بيعه حتى يعيد كيله ونحوه لنفسه بعد العقد ولا فرق في ذلك بين التسليم وغيره فأما الذرع فلا يجب إعادته للبيع ووجه الفرق بين المذروع وغيره أن الزيادة والنقصان في المذروع زيادة صفة أو نقصانها كما تقدم، بخلاف المكيل والموزون والمعدود فهما فيها زيادة قدر أو نقصان وكذا ما اشترى جزافاً فإن[٤] كان مكيلاً أو موزوناً فإنه لا يشترط فيه إعادة كيله أو وزنه بعد العقد بل يصح بيعه بعد قبضه ولو باعه مكايله أو وزوناً[٥] فأما لو قال بعت منك

---

1 - الزيادة من (ب).
2 - نهاية ورقة ١٩٨ من (أ).
3 - الزيادة من (أ).
4 - في(أ)"وإن".
5 - في (ب) " موزوناً".

هذا الصاع بكذا فله شبه بالمكايلة لذكر الصاع فيلزم أن لا يبيعه المشتري حتى يعيد كيله وله شبهٌ بالجزاف، وهو أرجح من حيث أنه لو زاد على الصاع لم يلزم المشتري رد الزائد.

وعند ع: أن المعدود كالمذروع في جواز بيعه قبل إعادة عده [١].

قلنا: هو أشبه بالمكيل لما تقدم .

وحاصل كلام أهل المذهب أن من أراد بيع المكيل ونحوه فأما أن يملكه بالشراء أو بغيره إن كان بغير الشراء كالإرث جاز بيعه من غير كيل مطلقاً وإن كان بالشراء فأما أن يشتريه مكايلة أو جزافاً إن اشتراه جزافاً جاز له بيعه من دون كيل سواء باعه مكايلة أو جزافاً، وإن اشتراه مكايلة فأما أن يتقدم الكيل على اللفظ أو اللفظ على الكيل إن تقدم الكيل، فلا بد من إعادته إذا أراد أن يبيعه فإن تأخر الكيل عن اللفظ فأما أن يتناول البيع جميع الصبرة أو بعضها إن تناول جميعها لم يحتج إلى إعادة الكيل، لأن الكيل حصل في ملكه، وأما إذا تناول بعض الصبرة فعند الأمير الحسين هو كالجملة، فلا يحتاج إلى كيل آخر وكل ذلك مقتضى عبارة الأزهار [٢].

وقيل: أما إذا باع بعض الصبرة فلا بد من إعادة الكيل لهذا البعض.

وقد اختلف العلماء هل الكيل ونحوه بمنزلة القبض حقيقة أم لا ؟

فعن الإمام أحمد بن الحسين عليلم أنه بمنزلة القبض حقيقة فلو تلف قبل [/٣] أن يكال ونحوه تلف من مال البايع وعن أبي جعفر أنه ليس كذلك بل القبض الحقيقي [قد] [٤]حصل ولكنه ممنوع من بيعه حتى يعيد الكيل ونحوه للخبر الذي سيأتي [٥].

قال في الغيث: وهذا هو الأقرب عندي.

قال: والحجة على وجوب إعادة النقدين أنه صلى الله عليه وآله " نهى أن يباع الطعام حتى يختلف الصاعان فيه صاع البايع وصاع المشتري وحمل على أن المراد من ملك شيئاً بالشراء" انتهى [٦].

---

1 -بيان ابن مظفر (ج٥٣١/٢) .
2 - الأزهار - (١ / ٩٤).
3 - نهاية ورقة ١٠٦ من (ب).
4 - الزيادة من (أ) .
5 - شرح الأزهار - (٣ / ٥٥) .
6 -الغيث المدرار ج٣(خ) .

قلت: لفظ [هذا] [١] الحديث في التلخيص" أنه صلى الله عليه وآله نهى عن بَيْعِ الطَّعَامِ حتى يَجْرِيَ فيه الصَّاعَانِ صَاعُ الْبَائِعِ وَصَاعُ الْمُشْتَرِي " ونسبه إلى ابن ماجة وَالدَّار قُطْنِيّ وَالْبَيْهَقِيُّ عن جَابِرٍ وَفِيهِ [٢] بن أبي لَيْلَى عن أبي الزُّبَيْرِ.

قال الْبَيْهَقِيُّ: وَرُوِيَ من وَجْهٍ آخَرَ عن أبي هُرَيْرَةَ وهو في الْبَزَّارِ[٣] من طَرِيقِ مُسْلِمٍ الْجَرْمِيِّ[٤] عن مَخْلَدِ[٥] بن حُسَيْنٍ[٦] عن هِشَامِ بن حَسَّانَ[٧] عن مُحَمَّدٍ[٨] عن أبي هُرَيْرَةَ وقال لَا نَعْلَمُهُ إلَّا من هذا الْوَجْهِ ثم ذكر في التلخيص شواهد والله أعلم [٩].

وإنما عدل المؤلف عليلم عن قوله في الأزهار " وَمَا اشْتَرَى بِتَقْدِيرٍ وَقَعَ قَبْلَ اللَّفْظِ أُعِيدَ لِبَيْعِهِ حَتْمًا إلَّا الذرع"[١٠] إلى ما ذكره في الأثمار للتصريح بذكر أحكام القبض إذ لا تصريح في عبارة الأزهار بذلك وقد دخل ما أفادته عبارة الأزهار تحت قوله "غالباً" مع الاختصار.

---

1 - الزيادة من (ب).

2 - في (أ) "وأثبته.الصحيح ما أثبته.

3 -لم أعثر عليه في مسند البزار، والبزار هو أحمد بن عمرو بن عبد الخالق أبو بكر البزار: حافظ من العلماء بالحديث.من أهل البصرة. حدث في آخر عمره بأصبهان وبغداد والشام، وتوفي في الرملة. سنة (٢٩٢ هـ) له مسندان أحدهما كبير سماه (البحر الزاخر) والثاني صغير. الأعلام للزركلي - (١ / ١٨٩).

4 - هو مسلم بن أبي مسلم الجرمي سكن بغداد يروى عن يزيد بن هارون ومخلد بن الحسين ثنا عنه الحسن بن سفيان وأبو يعلى ربما أخطأ مات سنة أربعين ومائتين . الثقات لابن حبان - (٩ / ١٥٨).

5 - في (ب) "محمد " والصحيح ما أثبته .

6 -هو مخلد بن حسين بصرى سكن المصيصة ثقة رجل صالح وكان من عقلاء الرجال وكانت أمه تحت هشام بن حسان روى عنه عبد الله بن المبارك والحجاج بن محمد وهو أبو محمد مولى المهالبة يقال أصله بصري تحول إلى المصيصة مات سنة ست وتسعين ومائة. الثقات للعجلي - (٢ / ٢٦٧)والتاريخ الكبير - (٧ / ٤٣٧).

7 - هشام بن حسان الازدي أبو عبد الله، القردوسي: محدث من أهل البصرة. كان يكتب حديثه ،و من المكثرين عن الحسن البصري توفي سنة ١٤٧ هـ. الأعلام للزركلي (٨ / ٨٥) .

8 - هو محمد بن سيرين وقد سبقت ترجمته.

9 - التلخيص الحبير - بَابُ الْقَبْضِ وَأَحْكَامه -رقم١٢٠٧ (ج٣/ص٢٧)، وأصله في سنن ابن ماجه -كتَاب التِّجَارَات- بَاب النَّهْيِ عن بَيْعِ الطَّعَامِ قَبْلُ ما لم يُقْبَضْ -رَقَم ٢٢٢٨ (ج٢/ص٧٥٠). وسنن الدار قطني–كتاب البيع -رقم٢٤ (ج٣/ص٨). وسنن البيهقي الكبرى - كتاب البيوع -باب الرجل يبتاع طعاما كيلا فلا يبيعه حتى يكتاله لنفسه ... -رقم١٠٤٨٢ (ج٥/ص٣١٦).و لم أعثر عليه في مسند البزار .وإنما ذكر فقط في سنن البيهقي وشرح مشكل الآثار ــ للطحاوى - باب بيان مشكل ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من نهيه عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان- رقم ٥٩٠٢ (١٥ / ٦٢). والحديث حسن كما قال الألباني في صحيح وضعيف سنن ابن ماجة (٥ / ٢٢٨).

10 -في الأزهار" (١ / ٩٤) " الْمَذْرُوعَ".

[قوله عليلم] [١]

"باب الشروط المقارنة للعقد"

اعلم أن الشروط المقارنة للعقد على ثلاثة أضرب:

ضرب يفسد به العقد، وضرب يلزم ويصح معه العقد، وضرب يلغو ويصح العقد دونه.

والأصل في ذلك اختلاف الأخبار الواردة في الشروط كما حكي[٢] عن وارث بْن سعيد[٣] أنه **قَالَ**: دخلت الكوفة[٤] فوجدت[٥] ثلاثة من فقهائها وهم: وأَبُوْحَنِيْفَةَ، وابن أبي ليلى، وابن شُبْرُمَةَ، فسألت أبا حنيفة عن بيع وشرط، فقال: يبطلان.

فسألت ابن أبي ليلى فقال: يصح البيع، ويبطل الشرط، ثم سألت ابن شبرمة فقال: يصحان، فعدت إلى أبي حنيفة فأخبرته بما قالا، فقال لا علم لي بما قالا، ولكن النبي صلى الله عليه و آله" نهى عن بيع وشرط" ثم دخلت على ابن أبي ليلى فأخبرته بما قالا فقال لا علم لي بما قالا، ولكن النبي صلى الله عليه و آله أجاز البيع وأبطل الشرط في قصة بريرة[٦]، ثم دخلت على ابن شبرمة فأخبرته بما قالا فقال لا علم لي بما قالا، ولكنه صلى الله عليه وآله اشترى من جابر بعيراً، واشترط ظهره إلى المدينة فصحح البيع والشرط"[٧]، فصحح أهل المذهب هذه الأخبار، وحملوا كل واحد منها على صورة من صور الشرط جمعاً بينها كما سيأتي تفصيله [إن شاء الله تعالى] [٨].

تنبيـــــهٌ: أما الحديث الأول وهو أن النبي صلى الله عليه و آله" نهى عن بيع وشرط[٩] فرواه الطبراني في الأوسط من طريق الإمام أبي حنيفة

---

1 - الزيادة من (ب).

2 - في (ب) "روي ".

3 - صوابه عبد الوارث بن سعيد وقد نبه على ذلك المصنف رحمه الله لاحقاً، و عبد الوارث هو ابن سعيد العنبري مولاهم. البصري، التنوري. أحد الأعلام. كان إماماً حجة متعبداً لكنه قدري. وكان من خواص تلامذة عمرو ابن عبيد. توفي في المحرم سنة ثمانين ومائة. وروى له الجماعة. (الوافي بالوفيات - (٦ / ٢٨٣).

4 - معروفة وهي مدينة من مدن العراق.

5 - في (ب) "فلقيت ".

6 -هي بريرة مولاة عائشة بنت أبي بكر رضي الله عنهم ،كانت مولاة لبعض بني هلال فكاتبوها ثم باعوها من عائشة. وجاء الحديث في شأنها، بأن الولاء لمن أعتق. وعتقت تحت زوجها، فخيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم. فكانت سنة. الوافي بالوفيات - (٣ / ٣٧٠) .

7 - أخرجه الطبراني في المعجم الأوسط -رقم٤٣٦١ - باب من اسمه عبدالله . (ج٤/ص٣٣٥). و أبو حنيفة في مسنده -باب روايته عن عمرو بن شعيب (ج١/ص١٦٠).والحديث ضعيف جدا كما قال الألباني.ينظر السلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة وأثرها السيئ في الأمة - (١ / ٧٠٣) .

8 - الزيادة من (أ).

9 -سبق تخريجه آنفاً .

عن عمرو بن شعيب[1] عن أبيه عن جده، ورواه الخطابي في المعالم، والحاكم في علوم الحديث، وإطلاق النهي فيه يقتضي امتناع كل شرط إلا أنه اقتصر على ما يقع بسببه نزاع أو يؤدي إلى فوات مقصود العقد، وأما حديث شراء بريرة وحديث شرائه صلى الله عليه و آله بعير جابر فهما مشهوران .

تنبيـــــهٌ آخر: الذي في الغيث والزهور حكاية القصة المتقدمة عن الفقيه محمد بن يحيى عن وارث بن سعيد قال دخلت الكوفة إلى آخره [2]، والذي في مجمع الزوائد عن عبد الوارث بن سعيد قال قدمت مكة وساق القصة بمعنى ما تقدم، ولفظه أبسط وقال في[3/أ] آخره، رواه الطبراني في الأوسط، وفي طريق عبدالله بن عمرو[4] مقال انتهى [5].

قوله عليلم: " **يُفْسِدُهُ صَرِيحُهَا إلَّا الْحَالِيَّ** "هذا بيان للضرب الأول من الأضرب الثلاثة، وهو حيث يكون الشرط مفسداً للعقد وله صور هذه أولاها[6] وهي أن يكون الشرط المقارن لعقد البيع صريحاً غير حالي معنى الصريح أن يأتي فيه بأي أدوات الشرط نحو أن يقول بعت منك هذا الشيء إن جاء زيد أو متى جاء أو إذا أعطيتني كذا أو نحو ذلك، وسيأتي مثال المعقود، ومثال الصريح الحالي الذي يصح معه العقد، أن يقول بعت منك هذا الشيء إن كان في ملكي أو إن كنت ابن فلان و[7] يكون ذلك الشرط حاصلاً في نفس الأمر فإن انكشف عدم حصوله بطل العقد ومعنى كونه حالياً أنه لم يعلق بأمر مستقبل .

قوله عليلم:" **ومِنْ عَقْدِهَا مَا اقْتَضَى جَهَالَةً فِي الْمَبِيعِ كَخِيَارِ مَجْهُولِ أو لمجهول** "هذه هي الصورة الثانية من صور الشرط المفسد [للعقد] [8] وهي حيث يذكر[9] الشرط على جهة

---

1 -هو عمرو بن شعيب بن محمد السهمي القرشي، أبو إبراهيم، من بني عمرو بن العاص: من رجال الحديث. كان يسكن مكة وتوفي بالطائف . الأعلام للزركلي - (٥ / ٧٩).

2 -الغيث المدرار ج٣(خ) و الزهور المشرقة على اللمع (خ) .

3 -نهاية ورقة ١٩٩ من(أ).

4 -هو عبد الله بن عمرو بن العاص، وقد سبقت ترجمته.

5 -مجمع الزوائد ومنبع الفوائد- رقم ٦٣٨٦ -للحافظ نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي المتوفى سنة ٨٠٧هـ بتحرير الحافظين الجليلين: العراقي وابن حجر - دار الفكر، بيروت، طبعة ١٤١٢ هـ، الموافق ١٩٩٢م (٤ / ٩٩).

قلت: وقد أشار إلى ضعفه غير واحد من علماء الحديث وقال عنه ابن تيمية في الفتاوى أنه حديث باطل ليس في شيء من كتب المسلمين وإنما يروى في حكاية منقطعة ، وقال فيها أيضا: " يروى في حكاية عن أبي حنيفة وابن أبي سلمة وشريك ، ذكره جماعة من المصنفين في الفقه، ولا يوجد في شيء من دواوين الحديث، وقد أنكره أحمد وغيره من العلماء ، ذكروا أنه لا يعرف، وأن الأحاديث الصحيحة تعارضه، وأجمع العلماء المعروفون من غير خلاف أعلمه أن اشتراط صفة في المبيع ونحوه كاشتراط كون العبد كاتبا أو صانعا، أو اشتراط طول الثوب أو قدر الأرض ونحو ذلك، شرط صحيح . ينظر (سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة وأثرها السيئ في الأمة (١ / ٧٠٣)بتصرف.

6 - في (ب) "أولها".

7 - في (ب) "و ".

8 - الزيادة من (أ).

9 - في (ب) "ذكر ".

العقد نحو بعت منك هذا على أن تفعل كذا أو على أن تبيع مني كذا أو نحو ذلك ويقتضي ذلك [الشرط] [١] جهالة في نفس البيع أو في المبيع أو في الثمن.

أما الجهالة في نفس البيع فذلك حيث يشرط الخيار مدة مجهولة، أو بشرط الخيار لشخص مجهول، فإن عقد البيع يفسد بذلك عند العترة والفريقين لمنع ذلك من استقرار العقد[٢].

وقال مالك: يصح العقد ويثبت الخيار للمبيعين قدر ما يخير المبيع في العدة إذ ترتفع الجهالة بذلك [٣].

قلنا: انطوى العقد على الجهالة حاله ففسد، وعند ابن شبرمة يصح العقد والشرط، وعند ابن أبي ليلى يصح العقد، ويلغو الشرط كما تقدم عنهما [٤]. لنا ما تقدم.

وأما الشرط الذي يقتضي الجهالة في المبيع فقد بينه [عليلم بقوله][٥]: " **أَوْ فِي الْمَبِيعِ كَعَلَيَّ إِرْجَاحُهُ أَوْ**[٦] **على أنها لبينٌ**[٧] **أو نحوه** "فإن العقد يفسد بذلك أيضاً حيث يشترط المشتري على البائع إرجاع وزن المبيع حيث هو موزون، ولا يذكر [قدر ذلك] [٨] قدراً معلوماً ولا جرى العرف بقدر معلوم، وكذا إذا شرط كون البقرة لبيناً لأن لفظة[٩] فعيل للمبالغة فكأنه قال على أنها ذات لبن كثير والكثرة مجهولة فيفسد[١٠] العقد فيهما لا حيث قال على أنها لبون فلا يفسد العقد إذ معناه ذات لبن فلا جهالة، ذكر معنى ذلك ع .

قيل: فلو جرى العرف بأن لبون ولبينا كليهما للمبالغة فسد العقد فيهما، وإن جرى بأنهما كليهما بمعنى ذات لبن صح العقد فيهما وكذا يأتي لو جرى العرف بأن لفظة لبون للمبالغة، ولبين بمعنى ذات لبن فسد البيع[١١] في الأولى، وصح في الثانية، وذلك واضح نحو أن يشرط كون الفرس شديد الجري، أو الشجرة كثيرة الحمل أو نحو ذلك، ومن الجهالة في المبيع أن يبيع ثياباً أو غنماً إلا واحداً منها غير معين، فإن العقد يفسد بذلك إلا إذا جعل

---

1 - الزيادة من (ب) .
2 - شرح الأزهار (٣ / ٥٧)و الاختيار لتعليل المختار (٢ / ٥). و الحاوي الكبير ـــ (٥ / ١٢٢).
3 - الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني - (٦ / ٧٤).
4 - بداية المجتهد - (٢ / ١٢٩).
5 - في (ب) "بقوله عليلم "بدل ما بين المعقوفتين.
6 - في (أ) "و ".
7 - في (ب) "لبون ".
8 - الزيادة من (أ) .
9 - في (ب) "لفظ ".
10 - في (أ) "ففسد ".
11 - في (ب) "العقد ".

الخيار لأحدهما مدة معلومة يختار فيها المستثنى أو[1/] المبيع، فإن البيع يصح ويكلف من له الخيار أن يعين بعد مضي المدة لما سيأتي.

وقال الناصر والإمام ح وش: يفسد البيع بذلك مطلقاً لِجَهَالَةِ الْمَبِيعِ حَالَ الْعَقْدِ وقال ع و ح: إن كان المبيع وَاحِدًا مِنْ اثْنَيْنِ أَوْ مِنْ ثَلَاثَةٍ صَحَّ، [البيع] (٢) كخيار الأيام الثلاث، لِخَبَرِ حِبَّانَ(٣) ، لَا وَاحِدًا مِنْ أَرْبَعَةٍ فَصَاعِدًا فيفسد (٤).

وقال ك: إنْ تَقَارَبَتْ صِفَاتُ الثِّيَابِ وَخُيِّرَ الْمُشْتَرِي صَحَّ، إذْ لَا غَرَرَ (٥).

قلنا: ما لم يكن مدة الخيار معلومة فالجهالة حاصله .

قوله عليلم " **أَوْ فِي الثَّمَنِ كَعَلَيَّ إرْجَاحُهُ** " [يعني] (٦) أو يشرط عند العقد شرطاً يقتضي جهالة في الثمن كأن يشرط إرجاع وزن الثمن ولا يذكر قدراً معلوماً ولا هو متعارف [به] (٧) فإن البيع يفسد بذلك للجهالة .

[قوله عليلم] (٨): " **وَمِنْهُ عَلَى حَطِّ قيمة كَذَا الصُّبْرَةِ لَا كَذَا مِنْ الثَّمَنِ** " أي ومن الشروط الذي يقتضي جهالة الثمن فيفسد البيع لذلك أن يشتري صبرة من موزون أو مكيل و(٩) يشرط على البائع حط قيمة أرطال أو أصع معلومة من تلك الصبرة فإن هذا يقتضي جهالة(١٠) في الثمن لأن القيمة مجهولة غير مقدرة، لأنه إنما يرجع فيها إلى تقدير المقومين فيكون الثمن مجهولاً [لا] (١١) لجهالة ما يحط منه إلا أن تكون القيمة معلومة لهما فإنه يصح البيع، فأما إذا شرط حط قدر معلوم من الثمن فإنه يصح العقد والشرط إذ لا جهالة .

---

1 - نهاية ورقة ٢٠٧ من (ب).
2 - الزيادة من (أ).
3 - حبان بفتح الحاء المهمله وبالباء المعجمه بواحدة فهو حبان بن منقذ بن عمرو بن مالك الأنصاري له صحبه شهد أحدا وتزوج أروى الصغرى بنت ربيعه بن الحارث بن عبد المطلب فولدت له يحيى بن حبان وهو أبو واسع بن حبان (الإكمال - (٢ / ٣٠٣) و الأسماء المبهمة في الأنباء المحكمة - (١ / ٨٥) بتصرف.
وخبر حبان" فيما أخرجه البخاري ومسلم من حديث ابن عمر أن رجلاً ذكر لرسول الله صلى الله عليه وآله أنه يخدع في البيوع فقال النبي صلى الله عليه وآله إذا بايعت فقل لا خلابة "". ينظر صحيح البخاري –كتاب البيوع-بَاب مَا يُكْرَهُ مِنْ الْخِدَاعِ فِي الْبَيْعِ -رقم٢٠١١ (ج٢/ص٧٤٥). و صحيح مسلم –كتاب البيوع - بَاب الصِّدْقِ فِي الْبَيْعِ وَالْبَيَانِ -رقم١٥٣٣. و ذكر كذلك في باب الخيار (ج٣/ص١١٦٥).
4 - البحر الزخار (٨ / ٢٢١) .
5 - البحر الزخار (٨ / ٢٢١).
6 - الزيادة من (ب).
7 - الزيادة من (ب) .
8 - الزيادة من (ب) .
9 - في (ب)"أو" .
10 - في (ب)"الجهالة".
11 - الزيادة من (ب) .

تنبيـــــه: قد ذكر ع: صورة من[1] صور فساد البيع للجهالة واختلف كلام المذاكرين في وجه الفساد فيها، وذكر في الغيث ما حاصله أن للمسألة أربع صور :

الأولى: أن يقول[2] البائع بعت منك هذا التمر على أن وزنه بظرفه مائة رطل كل رطل بدرهم أو على أنه مائة رطل بمائة درهم على أن أنقص عنك من الثمن بحساب وزن الظرف وقد عرفا[3] أن وزن الظرف خمسة أرطال مثلاً فهذا يصح وهو واضح.

الصورة الثانية : ذكرها الفقيه ح أن يقول بعت منك هذا التمر الذي في الظرف على أن التمر مائة رطل بمائة درهم، وأسقطت عنك خمسة دراهم لأجل الظرف، فإن قصد أنه لا يرد الزائد على المائة، ولا يحاسب بالناقص عنها فسد البيع لأيهما شرطا خلاف موجب العقد، وإن لم يقصدا ذلك صح البيع .

الصورة الثالثة: أن يقول بعت منك هذا التمر على أنه مائة رطل بظرفه، وأسقطت عنك فيه خمسة أرطال، فإن البيع يفسد لجهالة الثمن كما تقدم.

ذكر هذه الصورة الفقيه س.

الصورة الرابعة: أن يقول بعت منك هذا التمر على أنه بظرفه مائة رطل بمائة درهم وأسقطت عنك خمسة لأجل الظرف ففسد[4] البيع لجهالة المبيع وهذا ظاهر مقصود أبي العباس انتهى [5].

قوله عليلم: "**وعَلَى أَنَّ الذي عليك مِنْ خَرَاجِ الْأَرْضِ كَذَا غير قاصد للصفة فخالف**[6] **غَالبًا** "يعني ومن الشروط الذي تقتضي جهالة الثمن أن يقول البائع للمشتري بعت منك هذه الأرض على أن [الذي] [7]عليك من خراجها عشرة دراهم مثلاً قاصداً بذلك أن الذي يدفع المشتري من الخراج عشرة دراهم سواء كان المضروب عليها من الخراج عشرة [دراهم][8] أم أقل [أم أكثر] [9] فإن انكشف أن المضروب عليها[10] دون عشرة فقد شرط البائع على المشتري تسليم ذلك الزائد على المضروب في كل سنة، وهذه زيادة في الثمن

---

1 - في (ب)"في" .
2 - في (ب)"قول" .
3 - في (ب)" عرف" .
4 - في (ب)" فيفسد" .
5 - الغيث المدرار ج٣(خ) .
6 - في (ب)" مخالف".
7 - الزيادة من (أ) .
8 - الزيادة من (ب) .
9 - الزيادة من (أ) .
10 - في (ب)" عليه" .

مجهولة إذا لم يذكر مدة معلومة، فإن ذكر لذلك مدة معلومة صح وسواء شرط تسليم ذلك الزائد إلى نفسه أم إلى الإمام أم أطلق .

[و] (١) قيل ح: أما إذا شرط التسليم[٢/] إلى الإمام، و لم يجعله ثمناً صح (٣).

قال في الغيث: "وفيه نظر وأما إذا انكشف أن المضروب على الأرض أكثر من عشرة نحو أن يكون خمسة عشر فإنه يفسد العقد أيضاً لأن البائع في التحقيق شرط على نفسه أن يدفع عن المشتري الزائد على العشرة من الخراج وهذه زيادة في المبيع مجهولة القدر فكأنه باع منه الأرض وخمسة [دراهم] (٤) كل سنة بكذا من الثمن وهذا فاسد لجهالة المبيع فإن شرط(٥) مدة معلومة صح ما لم يستغرق الثمن .

قال في الغيث: وقد أدخلنا هذه المسألة في جهالة الثمن لأنها فيه أجلى وإلا ففساد ها في أحد الشيئين(٦) لجهالة المبيع انتهى(٧).

وقوله: "غير قاصد للصفة" يعني أن البيع(٨) إنما يفسد حيث جعل ما ذكر تسليمه من الخراج شرطاً كما تقدم.

وأما إذا قصد بذلك الصفة نحو أن يقول على أن الخراج المضروب عليها كذا فإن انكشف أنها على ما شرط أو أن خراجها أقل نفذ البيع وإن انكشف أن خراجها أكثر خير المشتري خيار فقط الصفة.

وقوله:" غالباً" احتراز من أن تكون المخالفة بزيادة على الخراج أو نقصان منه وذكر لذلك مدة معلومة فإن العقد يصح كما تقدم ذكره.

قوله عليلم: " **ومنه شرط إنفاق مِنْ الْغَلَّةِ** "أي ومما يقتضي جهالة الثمن أن يشرط [البائع](٩) على المشتري أن ينفق من غلة الأرض المبيعة على شخص أو أكثر مجهولين أو معلومين فإن ذلك يقتضي جهالة الثمن فيفسد العقد بذلك فأما إذا جعل الطعام قدراً معلوما أو جنساً معلوماً صح البيع إذا لم يعينه من غلة الأرض المبيعة إذ يكون زيادة في الثمن

---

1 - الزيادة من (ب) .
2 - نهاية ورقة ٢٠١ من (أ).
3 - شرح الأزهار - (٣ / ٦٠).
4 - الزيادة من (ب) .
5 - في (ب)"شرطه".
6 - في (ب) "الشقين".
7 -الغيث المدرار ج٣(خ) .
8 - في (ب) "المبيع" .
9 - الزيادة من (ب) " .

معلومة وإذا[1] عينه من غلة الأرض كان مبيعاً إذ هو مثليّ معين وهو معدوم فلم يصح العقد، وحذف قوله في الأزهار " وَلَوْ لِمَعْلُومَيْنِ "[2] لفهم[3] ذلك من إطلاق العبارة .

قوله عليلم: " **أَوْ رَفَعَ مُوجِبَهُ غير منصوص هب أو أن لا يطأها قياساً** " يعني أو شرط البائع شرطاً يرفع ما يوجبه العقد فإن البيع يفسد بذلك، نحو أن لا ينتفع بالمبيع، أو لا يبيعه، أو لا يهبه، أو يعتقه أو نحو ذلك، مما هو غير منصوص على صحته، وأما ما ورد النص بصحته فإنه يصح معه العقد ويلغو الشرط، وذلك كأن يشرط البائع[4] ولا المملوك المبيع فإن ذلك يرفع موجب العقد، ولا يفسد العقد لخبر بريرة وهو مشهور، فإن النبي صلى الله عليه و آله نص فيه على أن ذلك الشرط غير مفسد.

قال أهل المذهب: وكذا إذ ا شرط البائع على المشتري أن لا يطأ الأمة المبيعة، فإن هذا الشرط يرفع موجب العقد ولا يفسده، قياساً لأن امتناع الوطء غير مناف للملك، وجوازه غير لازم للملك كما لو كانت الأمة المبيعة رضيعة للمشتري، أو نحو ذلك، فكان جواز الوطء ليس مما يوجبه البيع، فلا يضر اشتراط المنع منه بل يلغو ويصح البيع، فقاسوا على الرضيعة غيرها بخلاف شرط أن يبيع ونحوه [5].

وقال ش وح: أن اشتراط عدم الوطء يرفع موجب العقد كاشتراط عدم البيع فيفسد به العقد وكذا عندهما في صورة اشتراط البائع للولاء أنه يفسد به العقد لرفعه موجبه قالوا وخبر عائشة خاص بها فلا يقاس عليه غيره [6].

قلنا: الخصوص يحتاج إلى دليل ولا دليل عليه بل الظاهر العموم وإنما أشار المؤلف عليلم إلى ضعف ما ذكره أهل المذهب لوجهين ذكرهما المهدي عليلم في الغيث:

أحدهما :أن الإنسان قد يشتري ذا رحمة فلا يكون البيع من موجب العقد فيلزم أن يقاس على الرحم غيره وقد يملك الرجل من لا يطأها كالكافرة ومن لا يبيعها كالمرهونة .

الوجه الثاني: أنّ الكلام في جارية يجوز وطؤها فلا يقاس عليها غيرها [7].

قوله عليلم: " **كبَقَاءَ الْمَبِيعِ وَلَوْ رَهْنًا لَا رَدَّهُ لذلك** "

---

1 - في (ب) "فإذا" .
2 - الأزهار - (١ / ٩٥).
3 - في (ب) "يفهم" .
4 - نهاية ورقة ٢٠٨ من (ب).
5 - شرح الأزهار - (٣ / ٦١) .
6 - الاختيار لتعليل المختار - (٢ / ٢٥) و المهذب - (١ / ٢٦٨).
7 - الغيث المدرار ج٣(خ).

هذا مثال الشرط[١] الذي موجب العقد فيفسده فإذا شرط البائع على المشتري أن المبيع يبقى معه رهناً حتى يؤدي الثمن من دون أن يقبضه فإن ذلك يفسد عقد البيع لرفعه موجبه لا حيث شرط عليه أن يرده إليه بعد قبضه لذلك أي ليكون رهناً في الثمن فإن ذلك يصح، ويصح معه العقد لعدم المقتضي لفساده وهو ظاهر قوله عليلم " **وَ بَقَاءَ نحو الشَّجَرَةِ مُدَّتَهَا وعلى أَنْ يَفْسَخَ إنْ شَفَعَ** "أي وكذا إذا شرط البائع بقاء الشجرة المبيعة في قرارها مدتها أي مدة بقائها فإن العقد يفسد بذلك إذ هو خلاف موجبه لأن العقد يوجب للمشتري أن يتصرف في المبيع كيف شاء من قلع أو غيره وهذا خلاف ما يقتضيه العقد ذكر معنى ذلك السيد ط.

قال: وكذلك إذا شرطه المشتري على البائع يعني فإن البيع يفسد.

قيل ح: ووجه فساده أن[٢] يكون بيعاً وإجازة مجهولة [٣].

وأراد المؤلف "بنحو الشجرة" الجدار وكذا لو شرط أحد البيعين أن يفسح البيع إن قام فيه شفيع فإن البيع يفسد بذلك لأنه رفع لموجب العقد إذ من موجبه ثبوت الشفعة.

قال في الغيث تنبيـــــهٌ: أما لو شرط في المبيع كفيلاً أو رهناً فقال في شرح أبي مضر وص بالله : يصح إذا كان معيناً لا إن لم يكن مُعيناً .

قال ص بالله: فإن امتنع من تسليم الرهن أجبر عليه وإن امتنع الكفيل فللبائع الفسخ إن شاء وفي الوافي يصح سواء كان معيناً أم لا .

قلت: وهو الأقرب، وأطلق في الزيادات أنه لا يصح انتهى[٤] .

قوله عليلم" **أَوْ عَلَّقَهُ بِمُسْتَقْبَلٍ كَعَلَيَّ أَنْ تَغِلَّ كَذَا أو نحوه** " يعني أو علق البائع المبيع بأمرٍ مستقبل وإن لم يكن شرطاً صريحاً فإن البيع يفسد بذلك نحو أن يقول بعت منك هذه الأرض على أنها تغل في المستقبل كل سنة كذا أو هذه البقرة على أنها تحلب في المستقبل كل يوم كذا وكذلك ما أشبهه وعلى الجملة فإنه إذا علق نفوذ البيع بأمرٍ يحصل في المستقبل فإنه يفسد لا إذا كان حاصلاً حال العقد كما تقدم في الشرط الحالي فإن العقد يصح معه لأن العقد تافه في الحقيقة لحصول الشرط في نفس الأمر وإن لم يكن حصوله معلوماً في الحال.

---

1 - في (ب) "اللشرط" .

2 - في (ب) "أنه" .

3 - المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة - (٦ / ٤٢٠).

4 - الغيث المدرار ج٣(خ) .

قوله عليلم:" **هب لَا عَلَى تَأْدِيَةِ الثَّمَنَ لوقت كَذَا و إلَا فَلَا بَيْعَ** "فإذا قال البائع بعت منك هذا الشيء على أن تؤدي إلي يوم الخميس مثلاً فإن لم تؤده إلي في ذلك اليوم فلا تبع، فإنه يصح العقد ذكره (ط وص بالله) للمذهب، وهو قول ح.

وقال ش وَالْوَافِي: لا يصح البيع بل يبطل إذَا نَقَضَ آخِرًا مَا أَثْبَتَهُ أَوَّلًا [١].

واختاره المؤلف عليلم[٢/] لما[ذكروا لأن] [٣] فيه تعليقاً بمستقبل وذلك لا يصح ولا مخصص لهذه الصورة بالصحة وأشار إلى ضعف جعل القول الأول للمذهب بما هي عادته.

قال: ولكن ما قاله أبو طالب مروي عن عمر.

قال في الشرح: وهذا لا طريق له في الاجتهاد فيكون توفيقاً انتهى [٤].

وعلل في البحر [صحة العقد] [٥] لِتَضَمُّنِه خِيَارَ الْمُشْتَرِي إلى ذَلِكَ الْوَقْتِ ورد على ش وَالْوَافِي قولهما نَقَضَ آخِرًا مَا أَثْبَتَهُ أَوَّلًا بأنه [٦] خيار لا نقض والله أعلم [٧].

قوله عليلم :" **أوْ لَا تَعَلُّقَ لَهُ كنحو بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعٍ** " يعني أو شرط أحدهما شرطاً اقترن بعقد البيع لا تعلق له به فإن البيع يفسد بذلك نحو أن يقول بعت منك هذا الشيء بهذا الثمن على أن تبيعني به كذا أو اشتريت منك نصف هذه الأرض مشاعاً على أن يكون نصيبي عند القسمة عربياً أو نحو ذلك وأراد بنحو بيعتين في بيع شرطين في بيع نحو أن يقول بعت منك بكذا إن كان نقداً وبكذا إن كان نسيئه أو إلى أجل كذا بكذا أو إلى أجل كذا وكذلك كلما تضمن سلماً لا[٨] بيعاً أو سلفاً وبيعاً فإن ذلك كله مفسد لنهيه صلى الله عليه وآله عن بيع وشرط فاقتضى عمومه فساد العقد مع كل شرط إلا ما خصه دليل.

تنبيـــــهٌ: قال في التلخيص: ما لفظه حديث أبي هريرة أنه [ص][٩] "نهى عن بَيْعَتَيْنِ في بَيْعَةٍ " ش وَأَحْمَدُ وَالتِّرْمِذِيُّ وَالنَّسَائِيُّ

---

1 - البحر الزخار - (٨ / ٢٢٨) .
2 - نهاية ورقة ٢٠٢ من (أ).
3 - في (ب) " ذكروا أن ".
4 - الجامع في الشرح (خ) .
5 - في (أ) " صحته ".
6 - في (ب) " فإنه ".
7 - البحر الزخار - (٨ / ٢٢٨) .
8 - في (ب) " و " .
9 - الزيادة من (ب) "وهو رمز للنبي صلى الله عليه وآله سلم".

من حديث مُحَمَّدِ بن عَمْرٍو[١] عن أبي سَلَمَةَ [عنه] [٢] وهو في بَلَاغَاتِ مَالِكٍ.

[و][٣] قال التِّرْمِذِيُّ: حَسَنٌ صَحِيحٌ وفي الْبَابِ عن ابن[٤] عُمَرَ [وَابْنِ عَمْرٍو] [٥] وَابْنِ مَسْعُودٍ وَحَدِيثُ ابن مَسْعُودٍ رَوَاهُ أَحْمَدُ من طَرِيقِ عبد الرحمن ابْنِهِ[٦] [عنه] [٧] بِلَفْظِ[٨] "نهى عن صَفْقَتَيْنِ في صَفْقَةٍ" وَحَدِيثُ ابن عُمَرَ رَوَاهُ ابن عبد الْبَرِّ من طَرِيقِ ابن أبي خَيْثَمَةَ[٩] عن يحيى مَعِينٍ [١٠]عن هُشَيْمٍ[١١][١٢]عن يُونُسَ بن عُبَيْدٍ [١٣]عن نَافِعٍ [١٤]عن ابن عُمَرَ مِثْلُهُ وَحَدِيثُ ابن عَمْرٍو رَوَاهُ الدَّارَ قُطْنِيُّ في أَثْنَاءِ حَدِيثٍ.

[و] [١٥] قَوْلُهُ رُوِيَ أَنَّهُ صلى اللَّهُ عليه [وآله] [١٦] وسلم "نهى عن بَيْعٍ وَشَرْطٍ" بَيَّضَ له الرَّافِعِيُّ في التَّذْنِيبِ وَاسْتَغْرَبَهُ النَّوَوِيُّ وقد رَوَاهُ ابن حَزْمٍ في الْمُحَلَّى وَالْخَطَّابِيُّ في الْمَعَالِمِ وَالطَّبَرَانِيُّ في الْأَوْسَطِ وَالْحَاكِمُ في عُلُومِ الحديث من طَرِيقِ مُحَمَّدِ بن سُلَيْمَانَ الذُّهْلِيِّ عن عبد الْوَارِثِ بن سَعِيدٍ عن ح عن عَمْرِو بن شُعَيْبٍ عن أبيه عن جَدِّهِ[١٧] بِهِ في قِصَّةٍ طَوِيلَةٍ

---

1 -هو محمد بن عمرو بن علقمة بن وقاص الليث المدني روى عن أبيه ونافع وأبي سلمة بن عبد الرحمن وخلق وروى عنه مالك وشعبة والسفيانان وخلق وثقه النسائي وابن المديني وابنه يحيى القطان وغيرهم ، مات سنة أربع وأربعين ومائتين. إسعاف المبطأ - (١ / ٢٦).

2 - سقط من (أ).

3 - سقط من المخطوط .

4 - في التلخيص (بن) بدون ألف وكذا في البقية .

5 - سقط من (ب) .

6 -هو عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود الهذلي الكوفي، توفي أبوه وله ست سنين فحفظ عنه شيئاً. وروى عن علي، والأشعث بن قيس، وغيرهما، توفي سنة تسع وسبعين للهجرة، وروى له الجماعة. الوافي بالوفيات(٦ / ٧٤).

7 -في المخطوط "بلفظه".

8 - سقط من (ب) .

9 -هو أحمد بن أبي خيثمة واسم أبي خيثمة زهير النسائي ثم البغدادي الحافظ صاحب التاريخ المشهور، كان ثقة عالماً متقناً حافظاً بصيراً بأيام الناس راوية للأدب، أخذ علم الحديث والنسب عن مصعب الزبيري وأيام الجمحي، وله كتاب التاريخ الذي أحسن في تصنيفه وأكثر فوائده ، توفي في جمادى الأولى سنة تسع وسبعين ومائتين وقد بلغ أربعاً وتسعين سنة وقيل دونها، . الوافي بالوفيات - (٢ / ٣٤٩).

10 - هو الإمام أبو زكريا يحيى بن معين البغدادى الحافظ أحد الأعلام وحجة الإسلام، سمع هشيما ويحيى بن أبي زائدة وخلائق جاء عنه أنه قال كتبت بيدي هذه ست مئة ألف حديث يعنى بالمكرر ، وقال الإمام أحمد بن حنبل كل حديث لا يعرفه يحيى بن معين فليس بحديث .توفي سنة ثلاث وثلاثين ومائتين. العبر في خبر من غبر(١ / ٤١٥).

11 - في المخطوط "هشام "والصحيح ما أثبته.

12 - هو هشيم بن بشير بن أبي خازم قاسم بن دينار السلمي، أبو معاوية، الواسطي، نزيل بغداد: مفسر من ثقات المحدثين.قيل: أصله من بخارى.،كان محدث بغداد توفي سنة ١٨٣ هـ.(الأعلام للزركلي - (٨ / ٨٩).

13 - هو يونس بن عبيد بن دينار العبدي بالولاء، البصري، أبو عبد الله، أو أبو عبيد: من حفاظ الحديث الثقات.من أصحاب الحسن البصري، له نحو مائتي حديث ، مات سنة ١٣٩ هـ (الأعلام للزركلي - (٨ / ٢٦٢) .

14 - هو نافع مولى ابن عمر أبو عبد الله المدني ، كثير الحديث قال البخاري أصح الأسانيد مالك عن نافع عن ابن عمر، بعثه عمر بن عبد العزيز إلى مصر ليعلم الناس السنن ، مات سنة ست عشرة ومائة. طبقات الحفاظ (٤٧/١).

15 - الزيادة من (ب) .

16 - الزيادة من المخطوط .

17 - في (ب) " جدته "وهو تحريف.

مَشْهُورَةٍ وَرَوَيْنَاهُ في الْجُزْءِ الثَّالِثِ من مَشْيَخَةِ بَغْدَادَ لَلدِّمْيَاطِيِّ[1] وَنَقَلَ فيه عن [ابن] [2] أبي الْفَوَارِسِ [أَنَّهُ] [3] قال [حديث] [4] غَرِيبٌ وَرَوَاهُ أَصْحَابُ السُّنَنِ إلَّا ابن ماجة وَابْنَ حِبَّانَ وَالْحَاكِمَ [في نسخه] [5] عَمْرِو بن شُعَيْبٍ عن أبيه عن جَدِّهِ[عبدالله بن عمر] [6] بِلَفْظِ لَا يَحِلُّ سَلَفٌ وَبَيْعٌ وَلَا شَرْطَانِ في بَيْعٍ" انتهى [7].

1 - هو أحمد بن أيبك بن عبد الله الحسامي الدمياطي.الحافظ المخرج المفيد محدث مصر شهاب الدين أبو الحسين.ولد سنة سبعين وستمائة. وسمع من حسن الكردي وخلائق. وخرج وانتقى وأفاد وله مجاميع وذيل في الوفيات على الحسيني وشرع في تخريج أحاديث الرافعي. سمع عليه أبو الخير بن العلائي. ومات سنة تسع وأربعين وسبعمائة في رمضان بالطاعون. طبقات الحفاظ - (١ / ٢٣٩).

2 - سقط من المخطوط .

3 - سقط من المخطوط .

4 - الزيادة من المخطوط .

5 - في التلخيص "من حديث" بدل ما بين المعقوفتين.

6 - الزيادة من المخطوط .

7 -التلخيص الحبير (ج٣/ص١٢) .

"فَصْـــــلٌ"

وَيَصِحُّ مَا لَمْ يَقْتَضِ جَهَالَةَ في[أي] [١] **الثلاثة** " قد تقدم ذكر القسم الأول من الشروط المقارنة للعقد، وهذا [الفصل] [٢] يتضمن[٣] ذكر القسمين الثاني والثالث منها، أما الثاني وهو الذي يصح فيه العقد والشرط وهو[٤] نوعان:

أحدهما: ما لم يقتض جهالة في أي الثلاثة التي هي البيع والمبيع والثمن .

أما الذي لا يقتضي جهالة في نفس المبيع فقد تقدم بقوله " **كَخِيَارٍ مَعْلُومٍ** "أي معلوم صاحبه ومدته ، وأما الذي لا يقتضي جهالة في المبيع [فكوصفه] [٥] بصفة لا تتضمن جهالة وقد مثله بقوله " **أو عَلَى أَنَّهَا لَبُونٌ فِي الْمَاضِي وَيُعْرَفُ بِأَوَّلِ الأول**[٦] **مع استمرار ما يعتاد**". فإذا قال البائع للمشتري بعتك هذه البقرة أو نحوها على أنها لبون أي ذات لبن، وقصد بذلك الصفة في الماضي، ويعرف قصده بشاهد الحال إن لم يصرح به فيصح العقد والشرط، ويعرف كونها ذات لبن بأول الزمن الآتي، وذلك بأن يوجد فيها لبن، وكذا لو شرط أنها تحلب كذا في الماضي كل يوم، فإن ذلك يعرف بأن تخلية في أول الزمن الآتي مع استمرار ما يعتاد[٧] من العلف ونحوه، واستمرار سلامتها من العوارض [التي نقض] [٨]اللبن لأجلها في العادة، وكذا لو شرى أرضاً وشرط له البائع أنها تغل قدراً معلوماً ما سماه له على أن ذلك صفتها فيما مضى فإن ذلك يصح، ويعرف حصول الصفة بأول الزمن الأتي مع حصول ما يحتاج إليه الأرض في العادة من الحرث والسقي والسلامة من العاهات، فإن وجد المشتري المبيع على تلك الصفة أو أفضل نفذ البيع وإلا فلا، هذا هو المختار للمذهب وهو قول م بالله.

وقيل ح: بل يعتبر ثبوت الصفة بالماضي فإن قامت به الشهادة نفذ البيع وإن قامت بدون ما شرط ثبت الخيار للمشتري وإن عدمت البينة اعتبر بالمستقبل[٩] [١٠].

---

1 - الزيادة من (أ) .
2 - الزيادة من (أ) .
3 - في (ب) " متضمن ".
4 - في (ب) " فهو ".
5 - في (ب) " لكن وصفه "بدل ما بين المعقوفتين.
6 - في (ب) " الآتي ".
7 - في (ب) " يعتاده" .
8 - في (ب) " الذي ينقض "بدل ما بين المعقوفتين.
9 - في (ب) " بالنقل ".
10 - البحر الزخار (٨ / ٢٣٣) بنحوه وشرح الأزهار - (٣ / ٦٦) .

نعـــــم: وأما حيث جعل ذلك شرطاً في المستقبل فإن العقد يفسد بذلك كما تقدم وأما الذي لا يقتضي جهالة في الثمن فنحو أن يشرط فيه صفة له معلومة وقد بينه

[عليلم] [١]بقوله "**وأجل مَعْلُومٍ**" أي بالثمن فيصح أن يقول بعت منك هذا بكذا مؤجلاً شهراً أو نحوه وكذا حيث شرط في الثمن كفيلاً أو رهناً كما تقدم فإن ذلك يصح كله إذ لا يلزم منه خلل .

وأما النوع الثاني من القسم الذي يصح فيه العقد والشرط فقد تضمنه قوله [عليلم] [٢] "**أَوْ**[٣] **يَصِحُّ إفْرَادُهُ بِالْعَقْدِ** "[وذلك] [٤] نحو أن يشتري شيئاً على أن يوصله البائع إلى منزل المشتري فإن ذلك يصح كما لو استأجره على ذلك من دون بيع وكذا كلما أشبه ذلك.

قال في التذكرة:" وكل شيئين يصح إفراد كل واحد منهما بعقد جاز جمعهما بعقد واحد كأن يشرط على البائع حمله إلى منزل المشتري أو طحنه، أو إرضاعه، أو حصده انتهى[٥].

وهو ظاهر كلام الأزهار والأثمار والبحر فيكون ذلك بيعاً وإجارة ويكون الثمن المسمى ثمناً وأجره فإذا لم يف البائع بما شرط عليه أجبر إن أمكن وإلا كان للمشتري الخيار فإن اختار تمام البيع نقص من الثمن المسمى حصة الأجرة على ذلك العمل، ويعرف ذلك بأن يقسم الثمن المسمى على قيمة المبيع وأجرة المثل، فما خرج للأجرة نقص من الثمن المسمى واختار الفسخ فله ذلك، [كذا] [٦] قيل [ح] [٧]وهو متجه.

وأما إذا كان الشرط لا يصح إفراده بالعقد كأن يشتري فصيلاً ويشرط على البائع إرضاعه فإن الشرط لا يصح ويفسد العقد بذلك إذ إرضاع الفصيل لا يصح إفراده بالعقد لعدم صحة الاستئجار على نفس الرضاع، لتضمنه[٨] بيع اللبن المعدوم، وإنما فسد البيع هنا لأن الثمن صار مجهولاً، وكذا الكلام في كل ما لا يصح إفراده بالعقد.

وأما قوله في التذكرة "أو إرضاعه"[٩] فالمراد حيث كان آدمياً إذ المقصود في استرضاعه الحضانة والرضاع يدخل تبعاً كما تقدم

---

1 - الزيادة من (أ) .
2 -الزيادة من (أ) .
3 - في (ب) " و " .
4 -الزيادة من (ب) .
5 -التذكرة الفاخرة (ص ٣٥٠).
6 -الزيادة من (ب) .
7 -الزيادة من (أ) .
8 - في (ب) " ليتضمنه " .
9 - في (ب) " رضاعه " والصحيح ما أثبته.

والله[١/] أعلم [٢].

وصورة ذلك: أن يشتري طفلاً قد ماتت أمه ويشترط على البائع إرضاعه من غيرها أو نحو ذلك.

تنبيـــــهٌ: في كلام الغيث ما يقتضي خلاف ما تقدم ولفظه "قلت وهذا ما لم يكن من تمام العقد فلو اشترى منه زرعاً على أن يحصده لم يصح ذلك، إذ الحصاد من تمام العقد.

قال بعض أصحاب ش: فلو[٣] اشترى منه صاعاً على أن يطحنه أو [زرعاً على أن][٤] يحصده أو دقيقاً على أن يخبزه فقيل: يفسد، لأنه شرط مع المبيع، فعلى معناه أن بعض العقد إجازة على ما لا يملك فيه تصرف، وهذا معنى ما قلناه.

وقيل: يصح، ومعناه شريت منك كذا واستأجرتك، وفيه وجه وهو أن يقال أن بعض العقد إجارة على ما لا يملك فيه التصرف، فيلزم مثله لو قال كاتبتك وبعتك هذا بألف، فقال قبلت واشتريت انتهى[٥].

قوله عليلم: "**ومنه بَقَاءَ الشَّجَرَةِ مُدَّةً مَعْلُومَةً**" أي ومن هذا النوع وهو أن يشرط في البيع ما يصح إفراده بالعقد أن يشتري شجرة ويشترط على البائع بقاءها في قرارها مدة معلومة فإنه يصح البيع والشرط كما لو استأجر موضع تلك الشجرة وأراد بنحو الشجرة الجدار كما تقدم .

قال في الغيث: "فأما لو كان الشارط لذلك هو البائع لمصلحة تعود إليه في بقائها نحو مد الثياب عليها، فذلك بيع واستثناء فيصح نحو أن يقول: "بعت منك هذه الشجرة على أن تبقى مكانها شهراً فيصح ذلك، ومن هذا أن يشترط على المشتري للبهيمة أن ترضع فصيلها مدة معلومة، فإن هذا [يصح وهو] [٦] بيع، واستثناء لا بيع وشرط، وهكذا لو باع الدار وشرط[٧/] أن يبقى فيها شهراً [فإن هذا بيع واستثناء] [٨] أو باع البعير واستثنى ركوبه مدة معلومة فذلك يصح لأنه بيع واستثناء.

وقال ح: لا يصح إذا استثنى خدمة العبد أو سكنى الدار.

---

1 - نهاية ورقة ٢٠٢ من (أ) .
2 - التذكرة الفاخرة(ص٣٥٠).
3 - في (ب) " لو ".
4 - سقط من (ب) .
5 -الغيث المدرار ج٣(خ) .
6 - الزيادة من (أ) .
7 - نهاية ورقة ٢١٠ من (ب).
8 - الزيادة من (أ) .

وقال ك: يصح إذا استثنى سكناها يوماً أو يومين لا مدة طويلة انتهى [١].

قوله عليلم :" **ومَا سِوَى ذَلِكَ فلَغْو**" هذا هو القسم الثالث من الشروط المقارنة للعقد وهو الذي يصح فيه العقد ويلغو الشرط وهو ما عدى الشروط التي تقدم ذكرها وهي قسمان كما تقدم.

أولهما: يفسد به العقد، وثانيهما يصح فيه العقد والشرط ومثال هذا القسم الثالث أن يشترط[٢] البائع على المشتري أن يطأ الأمة المبيعة أو يعتقها أو إن ولاها للبائع أو نحو ذلك فإن العقد في ذلك كله يصح ويلغو الشرط على المذهب وفيه ما تقدم من الخلاف.

قوله عليلم: "**ونُدِبَ الْوَفَاءُ كما سيأتي** "أي يندب للمشتري الوفاء بما شرط عليه البائع وإن كان الشرط مما يلغو [أو لا يلزم وذلك] [٣] لقوله صلى الله عليه وآله: "والمسلمون عند شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً"[٤] وسيأتي.

ويستفاد من هذا الحديث أنّ الوفاء بالشرط إنما يندب حيث يجوز، فأما لو شرط عليه أن يطأ الأمة المشتراة وهي رضيعة أو نحوها أو كافرة، فإنه لا يجوز الوفاء بذلك الشرط، وحيث يجوز له وطؤها وشرط عليه أن لا يطأها، فإنه يندب أن لا يطأها وفاء بالشرط، ما لم يخش من ذلك وقوعه، أو وقوعها في المحظور فيحسن منه ترك الوفاء.

وقوله: "كما سيأتي" يعني في كتاب السير [إن شاء الله تعالى] [٥] من أن ترك الوفاء قد يكون واجباً ومندوباً ومكروهاً ومباحاً .

قوله عليلم: " **و إلا رجع بِمَا حَطَّ لِأَجْلِه** " يعنى وإن لم يف المشتري للبائع بما شرط عليه من الشروط التي تلغو[٦] وقد كان حط عنه شيئاً من الثمن لأجل ذلك الشرط فإنه يكون له الرجوع عليه بذلك.

مثاله: أن يقول البائع [بعت منك] [٧] هذا العبد بألف على أنك بريء من مائة إذا[٨] أعتقته فإن البراء يقع بالقبول فإن لم يعتقه رجع عليه بالمائة هكذا قيل.

---

1 -الغيث المدرار ج٣(خ) و الاختيار لتعليل المختار (٢ / ٢٥) و بداية المجتهد (٢ / ١٢٩) .

2 - في (ب)"يشرط" .

3 - الزيادة من (ب) .

4- أخرجه البخاري في صحيحه - كتاب الإجارة - باب أجر السمسرة (ح٢/٧٩٤). وأبو داود في سننه -كتاب الأقضية -باب في الصلح برقم ٣٥٩٤ (ج٤/١٦) .

5 - الزيادة من (أ) .

6 - في (أ)"تلغوا" .

7 - في (ب) "بعتك " بدل ما بين المعقوفتين.

8 - في (أ)"إن".

[و] [1] قال في الغيث:" أن [هذا] [2]البراء لا يصح لأنه إبراء قبل وجوب الحق، لأن ثمن العبد إنما يلزم بعد القبول فالإبراء قبله لا يصح، انتهى[3].

والذي فسر به م بالله كلام الهادي [عليلم] [4]أن البائع بعد نفوذ العقد إبراء المشتري من بعض الثمن بشرط أن يعتق العبد [المبيع] [5]وفسره ع بأنه نقص عنه من قيمة العبد لأجل الشرط لكن عبر عن [القيمة بالثمن] [6]وصورة ذلك أن تكون قيمة[7] [العبد] [8] ألفاً فيتبعه منه بتسعمائة على [شرط] [9] أن يعتقه فيرجع عليه بالمائة إن لم يعتقه وقواه في الغيث قال:" لأن الإبراء بعد العقد كما ذكره م بالله إنما هو إسقاط معلق على شرط لا تعلق له بالعقد، وكلام الأزهار يصح جملة على كلام ع، وعلى كلام م بالله لأنه مُجمل [10].

قلت: وكذلك كلام الأثمار .

---

1 - الزيادة من (أ) .
2 - الزيادة من (أ) .
3 -الغيث المدرار ج٣(خ) .
4 - الزيادة من (أ) .
5 - الزيادة من (أ) .
6 - في (ب)"عبر بالثمن عن القيمة"بدل ما بين المعقوفتين.
7 - في (أ)"قيمته" .
8 - الزيادة من (ب) .
9 - الزيادة من (ب) .
10 - شرح الأزهار - (٣ / ٦٨) .

بَابُ الرِّبَوِيَّاتِ

الرِّبَا في اللغة: الزِّيَادَةُ قَالَ الله تعالى: ﴿ فَإِذَا أَنزَلْنَا عَلَيْهَا الْمَاء اهْتَزَّتْ وَرَبَتْ ﴾[١].

وَفِي الشَّرْعِ: التَّفَاضُلُ فِي مُتَّفِقِي الْجِنْسِ وَالتَّقْدِيرِ، أو الزيادة لِأَجْلِ النَّسَاءِ .

وهو مُحَرَّمٌ إِجْمَاعًا.

قيل: وَمَا أُحِلَّ فِي شَرِيعَةٍ قَطُّ [٢].

قال الله تعالى: في ذم اليهود وأخذهم الربا وقد نهوا عنه، والأصل في تحريمه من الكتاب قوله تعالى:﴿ وَأَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا ﴾[٣]، وقوله تعالى﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ اتَّقُواْ اللّهَ وَذَرُواْ مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنتُم مُّؤْمِنِينَ فَإِن لَّمْ تَفْعَلُواْ فَأْذَنُواْ بِحَرْبٍ مِّنَ اللّهِ وَرَسُولِهِ ﴾[٤] الآية ونحوها .

ومن السنة آثار[٥] كثيرة منها:

حديث ابن مَسْعُودٍ قال لَعَنَ رسول اللَّهِ صلى الله عليه وآله آكِلَ الرِّبَا وموكله [وَكَاتِبَهُ وَشَاهِدَيْهِ][٦] وفي رواية "وَشَاهِدَهُ" [٧] أخرجه أبو داود والترمذي [٨]، وأخرجه مسلم من حديث جابر إلى قوله وموكله [٩].

وعن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وآله قال: قال: "اجْتَنِبُوا السَّبْعَ[١٠] الْمُوبِقَاتِ قالوا [١١]يا رَسُولَ اللَّهِ وما هُنَّ قال الشِّرْكُ بِاللَّهِ وَالسِّحْرُ وَقَتْلُ النَّفْسِ التي حَرَّمَ الله إلا بِالْحَقِّ [وَأَكْلُ الرِّبَا وَأَكْلُ مَالِ الْيَتِيمِ][١٢]وَالتَّوَلِّي يوم الزَّحْفِ وَقَذْفُ الْمُحْصَنَاتِ [الْمُؤْمِنَاتِ الغافلات][١٣] أخرجه البخاري

---

1 -الحج: ٥.
2 -البحر الزخار (٨ / ١٧٣).
3 -البقرة: ٢٧٥.
4 -البقرة:٢٧٨، ٢٧٩.
5 -في(ب)"أحاديث".
6 -في سنن أبي داود (وَشَاهِدَهُ وَكَاتِبَهُ) وفي سنن الترمذي (وَشَاهِدَيْهِ وَكَاتِبَهُ).بدل مابين المعقوفتين.
7 -في لفظ أبي داود .
8 -أخرجه أبو داود في سننه-كتاب البيوع -بَاب في آكِلِ الرِّبَا وَمُوكِلِهِ- رقم٣٣٣٣ (ج٣/ص٢٤٤)و الترمذي في سننه -كِتَاب الْبُيُوعِ -بَاب ما جاء في أَكْلِ الرِّبَا -رقم١٢٠٦ - قال أبو عِيسَى: حديث حسن صحيح. (ج٣/ص٥١٢).
9 - أخرجه مسلم في صحيحه -كِتَاب الْمُسَاقَاةِ - بَاب لَعْنِ آكِلِ الرِّبَا وَمُؤْكِلِهِ -رقم١٥٩٨ (ج٣/ص١٢١٩).
10 -في (ب) "البيّع" بدل السبع والصحيح ما أثبته.
11 -في (أ، ب) "قيل" بدل "قالوا" والصحيح ما أثبته.
12 -في (أ، ب) "وأكل مال اليتيم والربا " والصحيح ما أثبته.
13 -في المخطوط "الغافلات المؤمنات" بدل ما بين المعقوفتين.

[ومسلم وأبو داود][1] والنسائي [2].

وعن عبيد بن عمير [3] عن أبيه أن[4] رسول الله صلى الله عليه وآله قال وقد سأله رجل عن الكبائر فقال هن سبع فذكر الشرك والسحر وقتل النفس [التي حرم الله] [5] وأكل الربا وأكل مال اليتيم والتولي يوم الزحف وقذف المحصنات وعقوق الوالدين المسلمين واستحلال البيت الحرام قبلتكم أحياء وأمواتاً" هذه الرواية ذكرها رزين [6]، ولأبي داود والنسائي نحوها [7].

وعن عبادة بن الصامت قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله:" الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ وَالْفِضَّةُ بِالْفِضَّةِ وَالْبُرُّ بِالْبُرِّ وَالشَّعِيرُ بِالشَّعِيرِ وَالتَّمْرُ بِالتَّمْرِ وَالْمِلْحُ بِالْمِلْحِ مِثْلًا بِمِثْلٍ سَوَاءً بِسَوَاءٍ [8] يَدًا بِيَدٍ فإذا اخْتَلَفَتْ هذه الْأَصْنَافُ [9/] فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ إذا كان يَدًا بِيَدٍ" هكذا في إحدى روايات حديث أخرجه الستة إلا [البخاري والموطأ] [10][11] .

وعن أبي سَعِيدٍ الْخُدْرِيِّ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صلى الله عليه وآله قال لَا تَبِيعُوا الذَّهَبَ بِالذَّهَبِ ولا الْوَرِقَ بِالْوَرِقِ إلا [وَزْنًا بِوَزْنٍ] [12] مِثْلًا بِمِثْلٍ سَوَاءً بِسَوَاءٍ [13].هذه [من] [14]روايات

---

1 - الزيادة من (أ).

2 - أخرجه البخاري في صحيحه - بَاب قَوْلِ اللَّهِ تعالى" إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا إنما يَأْكُلُونَ في بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا " - رقم٢٦١٥(ج٣ص١٠١٧).و مسلم في صحيحه -كتاب الْإِيمَانِ – بَاب بَيَانِ الْكَبَائِرِ وَأَكْبَرِهَا -رقم٨٩ (ج١/ص٩٢). و أبو داود في سننه -كِتَاب الْوَصَايَا-بَاب ما جاء في التَّشْدِيدِ في أَكْلِ مَالِ الْيَتِيمِ -رقم٢٨٧٤ (ج٣/ص١١٥)والنسائي في السنن الكبرى -باب اجتناب أكل مال اليتيم - رقم٦٤٩٨ (ج٤/١١٤).

3 - هو عبيد بن عمير بن قتادة الليثي الجندعي، المكي. الواعظ المفسر. ولد في حياة رسول الله صلى الله عليه وسلم. وتوفي في حدود الثمانين للهجرة. وروى له الجماعة. وروى هو عن عمر بن الخطاب وعبد الله بن عمرو بن العاص وعائشة. (الوافي بالوفيات - (٦ / ٣٢٣) .

4 - في (ب)"عن" .

5 -الزيادة من (ب).

6 -في كتابه (الجمع بين الصحاح الستة) (مخطوط).

7 - ينظر سنن أبي داود -كِتَاب الْوَصَايَا- بَاب ما جاء في التَّشْدِيدِ في أَكْلِ مَالِ الْيَتِيمِ- رقم ٢٨٧٤(ج٣/ص١١٥). و سنن النسائي الكبرى -باب اجتناب أكل مال اليتيم -رقم٦٤٩٨ (ج٤/ص١١٤).

8 -في (ب)"سواء".

9 -نهاية ورقة ٢٠٣ من (أ).

10 -في (ب)" الموطأ والبخاري "بدل ما بين المعقوفين.

11 -أخرجه مسلم في صحيحه - كِتَاب الْمُسَاقَاةِ - بَاب الصَّرْفِ وَبَيْعِ الذَّهَبِ بِالْوَرِقِ نَقْدًا ، -رقم١٥٨٧ واللفظ له (ج٣/ص١٢١١). و أبو داود في سننه - كتاب البيوع -باب في الصرف -رقم٣٣٥٠ (ج٣/ص٢٤٨). والنسائي في السنن الكبرى - كتاب البيوع - بيع البر بالبر -رقم٦١٥٢ (ج٤/ص٢٦). و الترمذي في سننه - كِتَاب الْبُيُوعِ -بَاب ما جاء في الصَّرْفِ -رقم١٢٤١ (ج٣/ص٥٤٢).وابن ماجه في سننه - كِتَاب التِّجَارَاتِ -بَاب الصَّرْفِ وما لَا يَجُوزُ مُتَفَاضِلًا يَدًا بِيَدٍ - رقم٢٢٥٣ (ج٢/ص٧٥٧).

12 - سقط من (ب).

13 - في (ب)"سواء" والصحيح ما أثبته.

14 - الزيادة من (أ).

مسلم [١]، وفي أخرى له وللبخاري والموطأ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صلى الله عليه وآله قال لَا تَبِيعُوا الذَّهَبَ بِالذَّهَبِ إلا مِثْلًا بِمِثْلٍ ولا تُشِفُّوا بَعْضَهَا على بَعْضٍ ولا تَبِيعُوا الْوَرِقَ بِالْوَرِقِ إلا مِثْلًا بِمِثْلٍ ولا تُشِفُّوا بَعْضَهَا على بَعْضٍ ولا تَبِيعُوا منها غَائِبًا بِنَاجِزٍ [٢].

وفي أخرى لمسلم قال: قال رسول اللَّهِ صلى الله عليه وآله "الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ وَالْفِضَّةُ بِالْفِضَّةِ وَالْبُرُّ بِالْبُرِّ وَالشَّعِيرُ بِالشَّعِيرِ وَالتَّمْرُ بِالتَّمْرِ وَالْمِلْحُ بِالْمِلْحِ مِثْلًا بِمِثْلٍ يَدًا بِيَدٍ فَمَنْ زَادَ أو اسْتَزَادَ فَقَدْ أَرْبَى الْآخِذُ وَالْمُعْطِي فيه سَوَاءٌ" [٣]، وفي الباب أحاديث أخر .

تنبيـــــهٌ: ولا خلاف في تحريم الربا لأجل النساء، وأما التفاضل في الجنس يداً بيد فقد روي جوازه عن ابن عباس، وأسامة بن زيد، و زيد بن أرقم[٤] فيجوز عندهم صرف الدرهم بدرهمين[٥] والدينار بالدينارين يداً بيد لما رواه أسامة أن النبي صلى الله عليه وآله قال:" الرِّبَا في النَّسِيئَةِ "[٦] .

وفي رواية "إنما الرِّبَا في النَّسِيئَةِ "[٧]، وفي أخرى "لا ربا فيما كان يداً بيد" أخرجه البخاري ومسلم والنسائي [٨].

وقد انعقد الإجماع بعدهم على تحريم ذلك في الستة المنصوص عليها في خبري عبادة وأبي سعيد[٩] المتقدم ذكرهما[١٠].

واختلفوا هل يقاس عليها غيرها ؟

فقال أهل الظاهر: لا يقاس عليها غيرها لإنكارهم القياس،

---

1 - في صحيحه -بَاب الرِّبَا -رقم١٥٨٤ (ج٣/ص١٢٠٩).

2 - أخرجه البخاري في صحيحه - كِتَاب الْبُيُوعِ - بَاب بَيْعِ الْفِضَّةِ بِالْفِضَّةِ -رقم٢٠٦٨ (ج٢/ص٧٦١).و مسلم في صحيحه - كِتَاب الْمُسَاقَاةِ -بَاب الرِّبَا -رقم١٥٨٤(ج٣/ص١٢٠٨).و مالك في الموطأ - كتاب البيوع - باب بَيْعِ الذَّهَبِ بِالْفِضَّةِ تِبْرًا وَعَيْنًا -رقم١٢٩٩ (ج٢/ص٦٣٢).

3 - أخرجه مسلم في صحيحه - كِتَاب الْمُسَاقَاةِ - بَاب الصَّرْفِ وَبَيْعِ الذَّهَبِ بِالْوَرِقِ نَقْدًا –رقم ١٥٨٤ (ج٣/ص١٢١١).

4 - هو زيد بن أرقم الخزرجي الأنصاري صحابي، غزا مع النبي صلى الله عليه وسلم سبع عشرة غزوة، وشهد صفين مع علي، ومات بالكوفة سنة ٦٨ هـ. الأعلام للزركلي - (٣ / ٥٦).

5 - في (ب)"بالدرهمين".

6 -أخرجه مسلم في صحيحه - كِتَاب الْمُسَاقَاةِ - بَاب بَيْعِ الطَّعَامِ مِثْلًا بِمِثْلٍ -رقم١٥٩٦ (ج٣/ص١٢١٧).

7 -أخرجه مسلم في صحيحه - كِتَاب الْمُسَاقَاةِ - بَاب بَيْعِ الطَّعَامِ مِثْلًا بِمِثْلٍ-رقم١٥٩٦ (ج٣/ص١٢١٨).

8 - أخرجه البخاري في صحيحه- كِتَاب الْبُيُوعِ - بَاب بَيْعِ الدِّينَارِ بِالدِّينَارِ نَسَاءً -رقم٢٠٦٩ (ج٢/ص٧٦٢) و مسلم في صحيحه - كِتَاب الْمُسَاقَاةِ - بَاب بَيْعِ الطَّعَامِ مِثْلًا بِمِثْلٍ -رقم١٥٩٦(ج٣/ص١٢١٨) والنسائي في السنن الكبرى- كِتَاب الْبُيُوعِ - بيع الفضة بالذهب وبيع الذهب بالفضة رقم٦١٧٤(ج٤/ص٣٣).واللفظ لمسلم، أما روايتي البخاري والنسائي بلفظ " لَا رِبًا إلا في النَّسِيئَةِ ".

9 - عبادة بن الصامت وأبي سعيد الخدري وقد سبق ترجمتهما .

10 - الاستذكار –لابن عبد البر (٦ / ٣٩٤)وبداية المجتهد - (٢ / ١٠٥).

وذهب الأكثر إلى [١/] صحة القياس عليها [٢]، ثم اختلفوا ما العلة المعدية إلى غيرها ؟

فذهب أهل البيت عليهم السلام و ح إلى أنها الاتفاق في الجنس والتقدير، فدخل في الحد والقرض[٣] ونحوه إذا كان يكال [٤].

وقال ش: هي الاتفاق في الجنس والطعم فيما عدا النقدين فيخرج الحديد والقرض ونحوهما، ويدخل السفرجل والرمان ونحوهما [٥].

وقال مالك: [بل] [٦] هي الاتفاق في الجنس والاقتيات [٧].

وقال ربيعة: الاتفاق في جنس تجب فيه الزكاة، وقال ابن شبرمة الجنسية فقط [٨].

حجة أهل المذهب "قوله صلى الله عليه وآله "لا صاعين تمرا بصاع ولا صاعين حنطة[برا][٩] بصاع"[١٠] وهذا طرف من حديث في الصحيحين من رواية أبي سعيد [قالوا][١١] فنبه بذكر الصاع على أن العلة الكيل.

وفي الصحيحين أيضاً من رواية أبي سعيد، وأبي هريرة نحوه، وفيه "وقال في الْمِيزَانِ مِثْلَ ذلك" [١٢].

وحجة ش ما أخرجه مسلم

---

1 - نهاية ورقة ٢١١ من (ب).

2 - المحلى لابن حزم- (٨ / ٤٧٧)و بداية المجتهد - (٢ / ١٠٥).

3 - في (ب)"القرظ".

4 - البحر الزخار - (٨ / ١٧٦) و الاختيار لتعليل المختار - (٢ / ٣١) .

5 - المجموع - (١٠ / ٩١).

6 - الزيادة من (ب).

7 - بداية المجتهد - (٢ / ١٠٦).

8 - البحر الزخار - (٨ / ١٧٦) .

9 - الزيادة من (ب).

10 - أخرجه البخاري في صحيحه -كتَاب الْبُيُوعِ- بَاب بَيْعِ الْخِلْطِ من التَّمْرِ –رقم ١٩٧٤ بلفظ "عن أبي سَعِيدٍ رضي الله عنه قال كنا نُرْزَقُ تَمْرَ الْجَمْعِ وهو الْخِلْطُ من التَّمْرِ وَكُنَّا نَبِيعُ صَاعَيْنِ بِصَاعٍ فقال النبيr لَا صَاعَيْنِ بِصَاعٍ ولا دِرْهَمَيْنِ بِدِرْهَمٍ "(ج٢/ص٧٣٢) واللفظ المذكور في المتن ذكر في الجمع بين الصحيحين البخاري ومسلم -المتفق عليه من مسند أبي سعيد سعد بن مالك بن سنانٍ الخدري رضي الله عنه -رقم١٧٣٧(ج٢/ص٤٢٣).

11 - الزيادة من (أ).

12 - أخرجه البخاري في صحيحه-كتَاب الْوَكَالَةِ - بَاب الْوَكَالَةِ في الصَّرْفِ وَالْمِيزَانِ... -رقم ٢١٨٠.بلفظ" عن أبي سَعِيدٍ الْخُدْرِيِّ وَأَبِي هُرَيْرَةَ رضي الله عنهما أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ r اسْتَعْمَلَ رَجُلًا على خَيْبَرَ فَجَاءَهُمْ بِتَمْرٍ جَنِيبٍ فقال أَكُلُّ تَمْرِ خَيْبَرَ هَكَذَا فقال إِنَّا لَنَأْخُذُ الصَّاعَ من هذا بِالصَّاعَيْنِ وَالصَّاعَيْنِ بِالثَّلَاثَةِ فقال لَا تَفْعَلْ بِعْ الْجَمْعَ بِالدَّرَاهِمِ ثُمَّ ابْتَعْ بِالدَّرَاهِمِ جَنِيبًا وقال في الْمِيزَانِ مِثْلَ ذلك "(ج٢/ص٨٠٨) و مسلم في صحيحه - كتَاب الْمُسَاقَاةِ -باب بَيْعِ الطَّعَامِ مِثْلًا بِمِثْلٍ - رقم١٥٩٣(ج٣/ص١٢١٥). "

من رواية معمر بن عبدالله[1] كنت أسمع رسول الله صلى الله عليه وآله يقول: "الطَّعَامُ بِالطَّعَامِ مِثْلًا بِمِثْلٍ "[2] .

وحجة مالك أنه صلى الله عليه وآله " نص على المقتات"، وحجة ربيعة أنه صلى الله عليه وآله نص على ما تجب فيه الزكاة، ولا حجة لابن شبرمة إلا ذكر الجنس [فقط][3][4].

قلنا: نص [صلى الله عليه وآله] [5] على الستة وفيها ما ليس بمقتات ولا مطعوم، ونبه على اعتبار التقدير كما تقدم.

وقد صح أنه صلى الله عليه وآله " اشْتَرَى عَبْدًا بِعَبْدَيْنِ " كما رواه مسلم وغيره [6].

واختلفوا إذا لم يحصل إلا الاتفاق في الجنس فقط، هل يحرم النسا ؟

فعند أهل المذهب والحنفية أنه يحرم، وذلك كثوب بثوبين أو فرس بفرسين، وقال ش: لا يحرم [7].

---

1 -هو معمر بن عبد الله بن نافع بن نضلة بن عوف بن عبيد بن عويج بن عدي بن كعب العدوى سمع النبي صلى الله عليه و سلم يقول لا يحتكر إلا خاطئ وهو معمر بن أبى معمر المازني وكان يرجل النبي صلى الله عليه و سلم في حجة الوداع . الثقات لابن حبان - (٣ / ٣٨٨).

2 - أخرجه مسلم في صحيحه - كِتَاب الْمُسَاقَاةِ - بَاب بَيْعِ الطَّعَامِ مِثْلًا بِمِثْلٍ -رقم١٥٩٢ (ج٣/ص١٢١٤) .

3 - الزيادة من (أ).

4 - بداية المجتهد - (٢ / ١٥٨)و البحر الزخار (٨ / ١٧٦) .

5 - الزيادة من (أ).

6 - أخرجه مسلم في صحيحه - كتَاب الْمُسَاقَاةِ -بَاب جَوَازِ بَيْعِ الْحَيَوَانِ بِالْحَيَوَانِ من جِنْسِهِ مُتَفَاضِلًا -رقم١٦٠٢ (ج٣/ص١٢٢٥) وأبو داود -كتاب البيوع - بَاب في ذلك إذا كان يَدًا بِيَدٍ -رقم٣٣٥٨ (ج٣/ص٢٥٠).

7 - البحر الزخار (٨ / ١٧٦) و شرح الأزهار (٣ / ٧٠).و النتف في الفتاوى لأبي الحسن علي بن الحسين السغدي- تحقيق صلاح الدين الناهي- مؤسسة الرسالة- بيروت- ١٤٠٤هـ ١٩٨٤م(١ / ٤٥٩). والمجموع (١٠ / ٩٢).

قوله عليلم: " **فَصْـــــلٌ**"

[ما يجوز فيه التفاضل والنسا وما لا يجوز]

[و] [(١)]**إِذَا اخْتَلَفَ الْمَالَانِ فَفِي الْجِنْسِ والْكَيْلِ أوَ**[(٢)] **الْوَزْنِ جاز التَّفَاضُلُ والنَّسَاءُ** " هذا الفصل معقود لبيان ما يجوز فيه التفاضل والنساء وما يجوز فيه التفاضل لا[(٣)] النسا، وما يمتنعان فيه، ولا توجد صورة تجوز فيه النسا لا التفاضل، وقد بدأ المؤلف عليلم ببيان القسم الأول، وهو الذي يجوز فيه التفاضل والنسا بقوله " إِذَا اخْتَلَفَ الْمَالَانِ " إلى آخره، والمعنى أنه إذا اختلف المالان اللذان يباع أحدهما بالآخر فيما ذكر نحو أن يكون أحدهما جنساً مكيلاً، والآخر جنساً آخر موزونا، أو يكون أحدهما مكيلا أو موزونا، والآخر غير مكيل ولا موزون مع اختلاف جنسهما، فإذا[(٤)] كانا كذلك جاز فيهما التفاضل والنساء.

مثاله: أن يبيع لحماً بحب، فإن اللحم موزون والحب مكيل، أو يبيع حباً بثوب، أو لحما بثوب، فإن الحب مكيل واللحم موزون، والثوب ليس مكيل ولا موزون، فيجوز التفاضل والنسا في ذلك وما أشبهه، ويكون الذي لا تقدير له مبيعاً، فيتعين ولا يصح معدوما كما قد عرف مما سبق، وإنما قال: والكيل أو[(٥)]الوزن مكان قولهم، والتقدير لأنه لا عبرة بالتقدير بالذرع والعدد، سواء اختلف الجنسان أم اتفقا على المذهب كما تقدم .

[و][(٦)] قوله عليلم " **وفِي أَحَدِهِمَا أَوْ لَا تَقْدِيرَ لَهُمَا التَّفَاضُلُ فَقَطْ غالباً** " هذا هو القسم الثاني من الثلاثة الأقسام التي تقدمت الإشارة إليها وهو الذي يجوز فيه التفاضل دون النسا، وذلك حيث يتفق المالان في الجنس دون التقدير، بالكيل أو[(٧)]الوزن أو العكس أو يكونان غير مكيلين ولا موزونين مع اتفاقهما في الجنس ومع اختلافهما، وذلك كحب البر بحب الشعير، وكحب البر بعجينه حيث لا يوزن ولا يكال، وكبيع الحيوان بالحيوان، والثوب بالثوب والدار بالدار، والضيعة بالضيعة، والحيوان [بالضيعة أو بالدار] [(٨)]وما أشبه ذلك فيجوز التفاضل في هذا القسم، ولا يجوز فيه النسا إلا حيث يختلف جنسهما، ويكون أحدهما مقدراً بالكيل أو الوزن دون الآخر، فإنه يجوز فيه النسا أيضاً، كفرس بطعام .

---

1 - الزيادة من (أ).
2 - في (ب)"و".
3 - الزيادة من (أ).
4 - في (ب)"وإذا".
5 - في (ب)"و".
6 - الزيادة من (أ).
7 - في (ب)"و".
8 - في (ب)" بالدار والضيعة " بدل ما بين المعقوفتين.

فـــــرع: واختلف في بيع الحبة بالحبتين، والجفنة بالجفنتين من الطعام المتفق في جنسه.

قال[1] ط: يجوز ذلك لعدم الكيل [2].

وقال ش والوافي: لا يجوز ذلك إذ هو من جنس ما يكال [3].

وعن أبي الفوارس: أن ظاهر كلام الهادي جواز النسا في بيع خبز البر بعجينه[4] ونحو ذلك، وهو قول الحنفية لأن الصنعة [عندهم تنقسم] [5] إلى ما [لا] [6] يؤثر في جواز التفاضل والنسا كصنعة الذهب والفضة، وإلى ما يجوز لأجلها التفاضل لا النسا كصنعة الحديد ونحوه، مما تخرجه الصنعة من[7] الوزن، ويمكن عوده إلى الحالة الأولى أو[8] إلى ما يجوز معه التفاضل والنسا وهو ما لا يمكن عوده إلى الحالة الأولى كالحب بالخبز، أو العجين.

وأما بيع الغزل بالقطن فأجازه أبو يوسف وص بالله متفاضلاً، وعن م بالله وأبي جعفر ومحمد بن الحسن [9/] الخبر يقتضي أنه لا يجوز [10].

وقوله: "غالباً" احتراز من صورتين:

إحداهما: أن يبيع الموزون غير الذهب والفضة بالنقد فيجوز فيه التفاضل والنسا، وكذلك ما لا تقدير له إذا قوبل بالنقد كما تقدم.

الصورة الثانية: نحو بيع السفرجل بالرمان سلماً فإنه يجوز فيه التفاضل والنسا، وكذا لو أسلم تفاحاً في حطب ونحو ذلك، وإنما جاز بيع سائر الموزونات غير الذهب والفضة بأحد النقدين مع التفاضل والنسا، لأنهما ثمنان كسائر[11] الأشياء فاختصّا بجواز ذلك إجماعا للحرج في المنع من ذلك والله أعلم .

---

1 - في (ب)"فقال".
2 - تحرير أبي طالب - (٢ / ١٤) .
3 - الإقناع للماوردي (ج١/ص٩٤).والوافي على مذهب الهادي (خ).
4 - في (ب)"بحبه".
5 - في (ب)"تنقسم عندهم "بدل ما بين المعقوفتين.
6 - الزيادة من (أ).
7 - في (ب)"عن".
8 - في (ب)"و".
9 - نهاية ورقة ٢٠٤ من (أ).
10 - الاختيار لتعليل المختار - (٢ / ٣٤)بنحوه. و البحر الزخار - (٨ / ١٨٨) .
11 - في (ب)"لسائر".

وإنما عدل المؤلف [عليلم] [١] عن عبارة الأزهار إلى قوله "غالباً" للاختصار، ولأن قوله في الأزهار "إلا الموزون بالنقد"[٢] فكلاهما يوهم جواز التفاضل والنسا في بيع سبيكة[٣] من ذهب[٤] أو فضة[٥] لأنه يصدق عليه إذ[٦] السبيكة من الموزونات، وقد قال "فكلاهما"، وعبارة الأثمار سالمة من ذلك الإيهام إذ لا يتناول لفظه "غالباً" إلا ما يصح .

قوله عليلم: " **فَإِنْ اتَّفَقَا فِيهِمَا اُشْتُرِطَ مع مِلْك أيهما غالباً الْحُلُول و وتَيَقُّنُ التَّسَاوِي حَالة الْعَقْدِ والتَّقَابُضُ قبل التفرق** "هذا ثالث الأقسام الثلاثة، وهو الذي يمتنع فيه التفاضل والنسا، وهو حيث يتفق المالان في الجنس والكيل، أو الوزن معاً كالبر بالبر، والذهب بالذهب، ونحو ذلك، فإذا اتفق المالان فيما ذكر اشترط في صحة بيع احدهما بالآخر أربعة شروط:

الأول: ما أشار إليه بقوله "مع ملك أيهما" أي مع اشتراط ملك أي المالين، أي كونه موجوداً [٧/] حالة[٨] العقد في ملك [أحد][٩] المتبايعين، ويفهم من ذلك بطريق الأولى، أن يكون المالان موجودين كلاهما في ملك المتبائعين، فإن كانا معدومين حال العقد كلاهما لم يصح البيع [الأول] [١٠] إلا في الصرف كما سيأتي .

الشرط الثاني: الحلول.

قال في الغيث: "فلو علق العقد بشرط التأجيل مدة زائدة على قدر المجلس لم يصح العقد، لأنه علقه بما يقتضي فساده، ولو تقابضا في المجلس لأن العقد لم يقع على الوجه الصحيح، يعني لأن الشرع منع من التأجيل في ذلك كما تقدم في قوله [صلى الله عليه وآله][١١] يداً بيد"[١٢]، وقوله صلى الله عليه وآله فيما أخرجه البخاري ومسلم من رواية ابن[١٣] عمر قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله:" الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ رِبًا إلا هَاءَ وَهَاءَ

---

1 - الزيادة من (أ).
2 - الأزهار - (١ / ٩٦)وفيه بدل "بالنقد" "بالنقدين".
3 - هي القطعة المذابة من الذهب والفضة أو غيرهما إذا استطالت يقال سبكت الفضة وغيرها أسبكها سبكا أذبتها. أنيس الفقهاء - (١ / ١٩٦).
4 - في (ب)"الذهب".
5 - في (ب)"الفضة".
6 - في (ب)"أن".
7 - نهاية ورقة ٢١٢ من (ب).
8 - في (ب)"حال".
9 - الزيادة من (أ).
10 - الزيادة من (أ).
11 -الزيادة من (أ).
12 - أخرجه البخاري في صحيحه –كتاب البيوع- بَاب التِّجَارَةِ في البر -رقم١٩٥٥ (ج٢/ص٧٢٦).
13 - الصحيح أن الرواية عن عمر بن الخطاب لا عن ابنه رضي الله عنهما.

والورق بالورق ربا إلا هاء وهاء [وَالْبُرُّ بِالْبُرِّ رِبًا إلا هَاءَ وَهَاءَ] [١] وَالشَّعِيرُ بِالشَّعِيرِ رِبًا إلا هَاءَ وَهَاءَ وَالتَّمْرُ بِالتَّمْرِ رِبًا إلا هَاءَ وَهَاءَ "[٢] وفي رواية "الذَّهَبُ بِالْوَرِقِ رِبًا إلا هَاءَ وَهَاءَ " إلى آخره "[٣] فنص على اعتبار الحلول، فأما لو اشترط أحدهما الخيار[٤] مدة معلومة ثم أبطله في المجلس، فالأقرب صحة ذلك كما ذكروه في السلم، [٥] وقد نقل معنى ذلك عن المؤلف عليلم .

الشرط الثالث: تيقن التساوي حال العقد، فلو لم يتيقن تساوي المالين المتقابلين في الكيل أو[٦] الوزن حال العقد لم يصح عند أهل المذهب، لقوله صلى الله عليه وآله "مثلاً بمثل"[٧] ولو حصل تيقن التساوي في المجلس بعد العقد على ظاهر كلام الهادوية وم بالله [٨].

وقيل ح: مرادهم بقولهم حال العقد في المجلس كما قالوا في شروط السلم، إذا اختل شرط منها ثم حصل في المجلس صح [العقد] [٩] [١٠].

الشرط الرابع: التقابض قبل التفرق، وهو أن يقبض كل واحد من المتبائعين ما استحقه بالعقد قبل افتراقهما، ولو تأخر عن العقد بأوقات كثيرة، فإن تفرقا قبل التقابض بطل العقد، لقوله صلى الله عليه وآله " يَدًا بِيَدٍ "[١١] ونحوه، وإن تأخر قبض البعض من أحد المالين حتى تفرقا بطل بقدره هذا هو المذهب، وهو قول ش [١٢].

وقال ح: لا يشترط التقابض في المجلس، إذا لم يكن نساء لقوله صلى الله عليه وآله " ولا تبيعوا غائباً منه بناجز"[١٣] وهو طرف من إحدى روايات حديث أبي سعيد المتقدم ونحوه.

وقيل

1 -سقط من (أ).
2 -أخرجه البخاري في صحيحه –كتاب البيوع-بَاب ما يُذْكَرُ في بَيْعِ الطَّعَامِ وَالْحُكْرَةِ -رقم٢٠٢٧ (ج٢/ص٧٥٠)، و مسلم في صحيحه كتاب المساقاة-بَاب الصَّرْفِ وَبَيْعِ الذَّهَبِ بِالْوَرِقِ نَقْدًا -رقم١٥٨٦ (ج٣/ص١٢٠٩).
3 - الجمع بين الصحيحين- باب المتفق عليه من مسند عمر بن الخطاب رضي الله عنهما-رقم٣٥ (ج١/ص١١٢–و سنن أبي داود -كتاب البيوع -بَاب في الصَّرْفِ -٣٣٤٨ (ج٣/ص٢٤٨) .
4 -في (ب)"بالخيار".
5 -الغيث المدرار ج٣(مخطوط) .
6 -في (ب)"و".
7 - أخرجه البخاري في صحيحه-بَاب بَيْعِ الْفِضَّةِ بِالْفِضَّةِ -٢٠٦٧ (ج٢/ص٧٦١) .
8 -في (ب)"و". البحر الزخار (٨ / ١٩٥).
9 -الزيادة من (أ).
10 - البحر الرائق - (٦ / ١٤٥)و العناية شرح الهداية - (٩ / ٣٩٩).
11 - سبق تخريجه صــ٥٧٣ .
12 - البحر الزخار - (٨ / ١٨٢).و إعانة الطالبين- دار الفكر - (٣ / ١٥).
13 - سبق تخريجه صــــ٥٧٤ .

[ح][1]: أنه المذهب في الصرف لا فيه والله أعلم [2].

وإنما عدل المؤلف عليلم عن قوله في الأزهار" والْمِلْكُ "[3] إلى قوله " مِلْك أيهما " رفعاً لاحتمال كونه يشترط[4] وجود كلا المالين المتفقين في الجنس والنقدين في ملكي المتبايعين كليهما معاً، أو وجود أي المالين في ملك أي المتبائعين كما تقدم.

قال المؤلف عليلم:" وهذا هو الذي ينبغي أن يحمل عليه كلام الأزهار، لأن ظاهره لا يقتضي إلا باشتراط الملك في الجملة، كما مر، لأن قوله اشتراط الملك ليس فيه تصريح باشتراط الملك في المالين جميعاً، بل إذ وجد أحدهما في الملك فقد حصل ما شرط من وجود مطلق الملك، ولو كان قد صرح في شرحه باشتراط الملك فيهما جميعاً، لأن عبارة الأزهار لا تقتضيه قطعاً بل احتمالا، وهذا هو الموافق للقواعد من أنه لا يعتبر في البدلين وجودهما معاً في ملك المتبائعين بل يكفي وجود أحدهما في الملك، ولو عدم الآخر، ويكون الموجود مبيعاً والمعدوم ثمناً، وبيع متفقي الجنس والتقدير لا يخرج عن سائر أنواع البيوع، فيكفي فيه وجود أحدهما كغيره، بل قد جاز في نوع منه ما لم يجز في غيره من صحته، ولو عدم البدلان في ملك المتبايعين، وذلك في باب الصرف كما سيأتي إن شاء الله تعالى، فعرفت أن[5] اشتراط وجود المالين في ملك المتبائعين مخالف للقواعد مع عدم الدليل، هكذا نقل عليلم بلفظه.

واحترز بقوله "غالباً" من الصرف، فإنه لا يشترط فيه وجود البدلين في الملك كما سيأتي، بل يصح من دون ذلك لأنه خصه الدليل كما سيأتي.

واحترز أيضاً مما إذا كان البدلان قيميين معاً وهما متفقان معاً في الجنس والتقدير، فإنه يشترط فيهما الملك كليهما لأنهما مبيعان كليهما، وقد تقدم أن المبيع يتعين فلا يصح معدوماً إلا فيما خصه الدليل .

ومثال القيميين: أن يبيع لحماً بجنسه، وهما موزونان [فإن] [6] كل واحد منهما مبيع فيشترط فيه الملك حال العقد، وهذا على القول بأن اللحم قيمي كما في الزيادات، والحفيظ وهو الأصح [7].

---

1 -الزيادة من (أ).
2 - الجوهرة النيرة - (٢ / ٣٠٦).
3 - الأزهار - (١ / ٩٦).
4 -في (ب)"يشرط".
5 -في (ب)"عن".
6 -الزيادة من (ب).
7 - الزيادات(خ) والحفيظ (خ) .

قيل: وكلام الهادوية يحتمل أنه مثلي لقولهم إذا باع رطلاً من فخذ صح، وغير ذلك كما سيأتي .

وهذا مزيد [١] من المؤلف عليلم، وأما الأزهار [فعبارته لا تفيد] [٢]ذلك في هذا الموضع، لكن الإمام المهدي عليلم استغنى عن الاحتراز عن مسألة الصرف هنا بما سيأتي في بابه [إن شاء الله تعالى] [٣] .

وعن مسألة القيمتين[٤/] بما تقدم في أول كتاب البيع من أنهما مبيعان، وأن المبيع يتعين، وإنما عدل عن قوله في الأزهار " فِي الْمَجْلِسِ "[٥] إلى قوله "قبل التفرق" لأن عبارة الأزهار توهم أن العبرة بالمجلس وأنهما إذا انتقلا معاً بطل البيع، وإن لم يفترقا ويكون قوله[في الأزهار " وَإِنْ طَالَ] [٦] أَوْ انْتَقَلَ الْبَيِّعَانِ"[٧] مناقضا لقوله في المجلس، بخلاف عبارة الأثمار فإنها[٨] سالمة من ذلك ومغنية عن قوله في الأزهار "وَإِنْ طَالَ أَوْ انْتَقَلَ الْبَيِّعَانِ أَوْ أُغْمِيَ [عَلَيْهِمَا] [٩] أَوْ أَخَذَ رَهْنًا أَوْ إحَالَةٌ أَوْ كَفَالَةٌ مَا لَمْ يَفْتَرِقَا لَا الْمُتدْرِك"[١٠] ولذلك أسقطه في الأثمار، ولأن قوله" أو إحالة [أو كفالة ما لم يتفرقا، لا المتدرك" ولذلك أسقطه في الأثمار ولأن قوله "أو إحالة" تشكل لأنه إن أراد أن] [١١][ظاهرة] [١٢] يحيل غريمه [بماله على صاحبه، فذلك لا يصح لأنه تصرف في المبيع قبل قبضه، و ذلك لا يصح، وإن أراد أن يحيل غريمه بما] [١٣] عليه فذلك لا يستقيم إلا في الصرف، كفضة بفضة، وأما نحو بر ببر فقد تقدم، أنّ ظاهر الأزهار أنه يشترط الملك في المالين جميعاً، وعلى اختيار المؤلف[١٤] يشترط في ملك أحدهما كما مر، فلو لم يكن كذلك لم يصح، ولو حصل الملك في المجلس إلا في الصرف كما سيأتي إن شاء الله تعالى، هكذا في شرح الأثمار.

---

1 -في (ب) "مزيد".
2 -في (ب)" فإن معناه يفيد "بدل ما بين المعقوفتين.
3 -الزيادة من (أ).
4 - نهاية ورقة ٢٠٥ من (أ).
5 - الأزهار - (١ / ٩٦).
6 -الزيادة من (أ).
7 - الأزهار - (١ / ٩٦).
8 -في المخطوط "فإنه".
9 -في (أ)" على أحدهما "بدل ما بين المعقوفتين والصحيح ما أثبته.
10 - الأزهار - (١ / ٩٦) وفيه "المدرك" بدل "المتدرك" .
11 -الزيادة من (أ).
12 -الزيادة من (ب).
13 -الزيادة من (أ).
14 -في (ب)"المذهب".

قوله عليلم: " **وَمَا فِي الذِّمَّةِ كَالْحَاضِرِ غَالِبًا** " مثال ذلك: أن يكون في ذمة شخص طعام لآخر فيقضيه من جنس ذلك الطعام، فإن ذلك يصح وإن كان في التحقيق مشترياً لما في ذمته بهذا الطعام، ولهذا لو أتى بلفظ البيع صح ذلك لكون الذي في الذمة بمنزلة الحاضر، فكأنهما تقابضا في المجلس، وسيأتي في باب الصرف مزيد تحقيق لهذه[١] المسألة إن شاء الله تعالى، وهذا هو المذهب [٢/][٣].

وقال ابن شبرمة: لا يجوز أن تؤخذ الدراهم بالدنانير، ولا العكس، حيث يكون أحدهما في الذمة[٤]. والظاهر أنه لا فرق عنده بينهما، وبين سائر المثليات.

وقال مالك: إن كان الذي في الذمة مؤجلاً لم يصح شراؤه بمعجل، وإن لم يكن كذلك صح [٥].

حجة أهل المذهب حديث ابن عمر ولفظه في رواية أبي داود عنه قال:" كنت أَبِيعُ الْإِبِلَ بِالْبَقِيعِ فَأَبِيعُ بِالدَّنَانِيرِ وَآخُذُ الدَّرَاهِمَ وَأَبِيعُ بِالدَّرَاهِمِ وَآخُذُ الدَّنَانِيرَ آخُذُ هذه من هذه وَأُعْطِي هذه من هذه فَأَتَيْتُ رَسُولَ اللَّهِ صلى الله عليه وآله وهو في بَيْتِ حَفْصَةَ فقلت يا رَسُولَ اللَّهِ رُوَيْدَكَ أَسْأَلُكَ إني أَبِيعُ الْإِبِلَ بِالْبَقِيعِ فَأَبِيعُ بِالدَّنَانِيرِ وَآخُذُ الدَّرَاهِمَ وَأَبِيعُ بِالدَّرَاهِمِ وَآخُذُ[٦] الدَّنَانِيرَ آخُذُ هذه من هذه وَأُعْطِي هذه من هذه فقال رسول اللَّهِ صلى الله عليه وآله لَا بَأْسَ أَنْ تَأْخُذَهَا بِسِعْرِ يَوْمِهَا ما لم تَفْتَرِقَا وَبَيْنَكُمَا شَيْءٌ "[٧] وفي رواية أخرى بمعناه، والأولى أتم و لم يذكر بِسِعْرِ يَوْمِهَا [٨] [انتهى][٩] .

قال في الغيث: فدل على أن ما في الذمة كالحاضر، وعلى أن التفرق هو المبطل دون القيام من المجلس انتهى [١٠].

وقوله:" غالباً" احتراز من بعض الصور، فإن الذي في الذمة فيها لا يكون كالحاضر، وذلك في المسلم حيث يجعل ما في ذمة الغريم رأس مال سلم، فإن ذلك لا يصح، لأن من شرط رأس المال السلم أن يكون مقبوضاً في المجلس، ولأن ذلك يكون من بيع الكالئ

---

1 -في(ب)"بهذه".
2 - نهاية ورقة ٢١٣ من (ب).
3 - شرح الأزهار - (٣ / ٧٤) .
4 - البحر الزخار - (٩ / ١).
5 - شرح مختصر خليل للخرشي - (٢٢ / ٤١٣). و البحر الزخار - (٩ / ١) .
6 -في (أ) "فآخذ" والصحيح ما أثبته.
7 - أخرجه أبو داود في سننه -كتاب البيوع -بَاب في اقْتِضَاءِ الذَّهَبِ من الْوَرِقِ -رقم٣٣٥٤ (ج٣/ص٢٥٠).والحديث ضعيف كما قال الألباني في الإرواء - (٥ / ١٧٣).
8 - أخرجه أبو داود في سننه -كتاب البيوع -بَاب في اقْتِضَاءِ الذَّهَبِ من الْوَرِقِ -رقم٣٣٥٥٤ (ج٣/ص٢٥٠)..
9 -الزيادة من (ب).
10 - الغيث المدرار ج٣ (خ) .

بالكالئ وكذلك[١] لا [يصح أن] [٢] يبيع من شخص ما في ذمته له بثمن مؤجل لذلك، وهذه من الزوائد ولا بد منها، وهذا بخلاف ما إذا كان في ذمة كل واحدٍ منهما شيء للآخر وكان[٣] مما لا يتساقط فإنه يصح بيع أحدهما بالآخر ما لم يقتض ربا، كما لو كان المالان حاضرين وذلك واضح.

قال في البحر:" مَسْأَلَةٌ " : وَيَحْرُمُ بَيْعُ النَّسِيئَةِ بِالنَّسِيئَةِ ، كَبِعْنِي ثَوْبًا فِي ذِمَّتِك صِفَتُهُ كَذَا إلى شَهْرٍ كَذَا بِدِينَارٍ فِي ذِمَّتِي لِنَهْيِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ [وَسَلَّمَ] [٤] "عَنْ بَيْعِ الْكَالِئِ بِالْكَالِئِ"، وَهُوَ بَيْعُ الدَّيْنِ بِالدَّيْنِ انتهى [٥].

وفيه مخالفة لما يقال من أن الكالئ[٦] بالكالئ إنما هو حيث يكون العوض والمعوض في ذمة واحدة.

والتحقيق أن من الكالئ بالكالئ حيث لا يكون الدينان ثابتين في الذمتين من قبل العقد كما مثل، فأما حيث يكونان كذلك فليس من الكالئ بالكالئ، لأن الذي في الذمة كالحاضر والله أعلم .

قوله عليلم: " **وَالْحُبُوبُ و الثِّمَارُ وَالثِّيَابُ وَالْمَطْبُوعَاتُ كل منها أَجْنَاسٌ** " فأجناس الحب: البر والشعير وَالذُّرَةِ وَالدُّخْنِ وَالطَّهْف[٧] وَالْكِنَابُ[٨] ونحوهما، وتحت كل جنس منها أنواع، وأجناس الثمار العنب، والثمر، والخوخ، والمشمش، والرمان، والتين، والسفرجل، والتفاح، ونحوها، وكل جنس منها أنواع أيضاً.

و[من] [٩] أجناس الثياب: الحرير، والكتان، والقطن، والصوف والشعَر والوبر، وأجناس المطبوعات، وهي التي تلينها النار، و تمد بالمطارق الذهب والفضة، والنحاس والرصاص والشبه، وهو نوع من الصفر يشبه لونه لون الذهب.

---

1 -في (ب) "وكذلك".

2 -الزيادة من (ب).

3 -في (أ) "وكانا".

4 -سقط من المخطوط.

5 - البحر الزخار - (٨ / ١٨٣) .

6 - قال في تلخيص ابن حجر ما لفظه: تَنْبِيهٌ الْكَالِئُ مَهْمُوزٌ قال الْحَاكِمُ عن أبي الْوَلِيد حَسَّانَ هو بَيْعُ النَّسِيئَةِ بالنسيئة كَذَا نَقَلَهُ أبو عُبَيْدَ في الْغَرِيب عن شيخه أبي عبيدة وَكَذَا نَقَلَهُ الدَّارَ قُطْنِيُّ عن أَهْلِ اللُّغَةِ وَرَوَى الْبَيْهَقِيُّ عن نَافِعٍ قال هو بَيْعُ الدَّيْنِ بِالدَّيْنِ وَيُؤَيِّدُ هذا نَقْلُ أَحْمَدَ الْإِجْمَاعَ الْمَاضِيَ وقد رَوَاهُ ش في بَابِ الْخِلَافُ فِيمَا يَجِبُ الْبَيْعُ بِلَفْظِ نهى عن الدَّيْن بِالدَّيْنِ انتهى(تعليق في الحاشية من (ب). (التلخيص الحبير ج٣/ص٢٦).

7 -الطَّهْفُ نبت يُشْبِه الدُّخْنَ إلا أَنه أَرَقّ منه وأَلطف والطهف طعام يُخْتبز من الذرة ونحو ذلك وقيل هو شجر له طَعْم يُجْنى ويختبز في المَحْل.(لسان العرب - (٩ / ٢٢٤).

8 - شمراخ النخل. المعجم الوسيط (٢ / ٨٠٠) والذي يظهر أنه ليس المقصود، وإنما هو من جنس الحب معروف عند أهل اليمن الأوائل.

9 -الزيادة من (ب).

وسادسها: الحديد والهندوان نوع منه، ويصح[1] بيع هذه الأجناس جميعها بعضها ببعض متفاضلاً، إذا[2] اختلف الجنسان[3] فإن اتفق وكان لها تقدير لم يجز بيع بعض الجنس ببعض إلا بالشروط المتقدمة.

قوله عليلم: " **وكذا اللُّحُومُ** " فإنها أجناس فلحم كل جنس من الحيوانات جنس، وهي الغنم والبقر والإبل، فالغنم[4] جنس واحد معزها وضانها، ومنها الظباء والأوعال[5].

وقيل: بل الأوعال جنس على حاله، والبقر أنسيها ووحشيها جنس واحد، ومنها الجواميس وسائر الصيود من الوحش والطير أجناس مختلفة [6].

قوله عليلم :" **وكلُ جِنْسٍ منها أَجْنَاسٌ** " أي في كل جنس من اللحوم المذكورة أجناس فالكبد جنس، والكرش جنس، والرئة جنس والمعا جنس والكلية جنس والخصيان جنس والقلب جنس وقيل كاللحم وقيل كالكبد [7].

وقال في الغيث: الأقرب [أنه] [8]كالكلية، وشحم البطن جنس والإلية جنس وسائر اللحم جنس، ومنه شحم الظهر على الأصح[9].

قوله عليلم: " **وتَتْبَعُها الْأَلْبَانُ** " أي ألبان الحيوانات[10] تتبع لحومها في الجنسية، فلبن الغنم على اختلافها جنس، وكذلك لبن البقر جنس، وكذلك الإبل والسمن تتبع اللبن في ذلك .

فـــــرعٌ: فلا يجوز[بيع] [11] لحم بحيوان مأكول وإن اختلف الجنس لما مر، ويجوز بحيوان غير مأكول على الصحيح.

فـــــرع: ولحم صيد البحر أجناس كالبرية، وقيل جنس واحد إذ يقال لجميعها لحم حوت.

قلنا: لا نسلم .

فـــــرعٌ: والأدهان المعتصرة أجناس، كأصولها وذلك واضح .

1 -في (ب)"فيصح".
2 -في (ب)"إن".
3 -في (ب)"الجنس".
4 -في (ب)"والغنم".
5 - الوعل والوعل جميعا: تيس الجبل، والجمع أوعال ووعول ووعل ووعلة.(المحكم والمحيط الأعظم ،لأبي الحسن علي بن إسماعيل بن سيده المرسي،؛ دار الكتب العلمية- بيروت - ٢٠٠٠م، ط١، تحقيق: عبد الحميد هنداوي (ج٢/ص٣٦٢).
6 - شرح الأزهار - (٣ / ٧٥) .
7 - المرجع السابق .
8 -الزيادة من (أ).
9 - الغيث المدرار ج٣(خ) .
10 -في (أ)"اللحوم".
11 -سقط من (ب).

فـــــرعٌ: ولا يجوز بيع لبن مَغْلِيٍّ بِنِيءٍ كالحب المقلي بغيره، ولا السمن بالزبد، ولا الحليب بالمخيض[1][2/]، و يجوز بيع الزبد بالأقط[3] وبالجبن وقيل: لا [4].

قلنا: لم يتفقا جنساً وتقديراً .

فـــــرعٌ: ولا يباع دقيق بدقيق من جنس عند القاسمية وش إذ لا يتيقن التساوي لاختلا فهما نعومة وخشونة.

وقال م بالله والإمام ح ومالك وأحمد: يجوز ذلك مثلاً بمثل.

قلنا: لا مماثلة لما مر.

وقال ح وأصحابه: يجوز إن اتفقا نعومة وخشونة، وإلا فلا.

قلنا: لا يتحقق التساوي والتفاوت غير يسير، وكذا لا يجوز بيع البر بدقيق ونحوه لما مر، وقيل يجوز للتساوي في الكيل.

قلنا: القصد تساوي الأجزاء، وقيل[5] يجوز[هب] [6] وزناً لحصول التساوي وهو محتمل[7].

فـــــرعٌ: والحلوات أجناس كالسكر والعسل، وتحت كل جنس أنواع، ولا يباع نيّ منها بمطبوخ لما مر، وفي بيع بعض المطبوخ ببعض تردد.

وقوله عليلم:" **فَإِنْ اخْتَلَفَ التَّقْدِيرُ [اُعْتُبِرَ]** [8] **بِالْأَغْلَبِ فِي الْبَلَدِ** " يعني أن العبرة بعادة البلدان في الكيل[9] والموزون عند زيد والهادي والقاسم والناصر عليهم السلام، إذ ورد تحريم التفاضل فيهما مطلقاً فاعتبر بعادة كل جهة فيما يكال أو يوزن كاعتبار نقد البلد في الأثمان، و اعتبار الرطل [10/]

---

1 -يقال مَخَضَ اللَّبَنَ يَمْخُضُهُ مُثَلَّثَةَ أي أَخَذَ زُبْدَهُ . القاموس المحيط - (١ / ٨٤٢).
2 - نهاية ورقة ٢٠٦ من (أ) .
3 - الأقط: لبن جامد مستحجر. الصحاح للجوهري (٣ / ١٧٠). أي اللبن المجفف القاموس المحيط - (١ / ٨٤٢)
مَخَضَ اللَّبَنَ يَمْخُضُهُ مُثَلَّثَةَ الآتي : أَخَذَ زُبْدَهُ.
4 - البحر الزخار (٨ / ١٩٤).
5 -في (ب)"فقيل".
6 -الزيادة من (أ).
7 - البحر الزخار (٨ / ١٩٥).و أسنى المطالب في شرح روض الطالب(٢ / ٢٨).و بداية المجتهد (٢ / ١١٢).و الروض المربع - (٢ / ١١٣٠٢).والجوهرة النيرة - (٢ ٢٠٢). .
8 -سقط من (ب).
9 -في (ب)"المكيل".
10 - نهاية ورقة ٢١٤ من (ب).

وَالْمَنِّ[١]، فإن اختلف التقدير في بعض الأجناس فكان قد يباع كيلاً، وقد يباع وزناً [اعتبر] [٢] بالأغلب منهما في بلد البياع ولا عبرة بغيره.

وقال م بالله والإمام ح ورواية عن ش: بل العبرة بعادة المدينة في المكيل، وبمكة في الموزون، لما رواه أبو داود والنسائي من حديث ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وآله قال:" الْوَزْنُ وَزْنُ أَهْلِ مَكَّةَ وَالْمِكْيَالُ مِكْيَالُ أَهْلِ الْمَدِينَةِ"[٣].

قالوا: ولا يحتمل سوى ما ذكرنا[٤].

وقال ح: بل ما كان مكيلاً أو[٥] موزنا عهده صلى الله عليه وآله اعتبر به للخبر وما لا فبالعرف إذ لا نص [٦].

قال في البحر: قُلْت الْخَبَرُ لَا يَقْتَضِي بِظَاهِرِهِ مَا ذَكَرُوهُ[٧] ،وَلَعَلَّهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ [وَسَلَّمَ] [٨] أَرَادَ أَنَّهُ يَرْجِعُ إلَيْهِمَا عِنْدَ اللَّبْسِ ، فَإِذَا[٩] أُطْلِق الْقَفِيزُ أَوْ الرِّطْلُ وَ[١٠] الْتَبَسَ مِقْدَارُهُمَا ، رُجِعَ إلى قَفِيزِ الْمَدِينَةِ وَرِطْلِ مَكَّةَ ، إذْ هُمَا مَنْشَأُ ذَلِكَ .

فَهَذَا أَقْرَبُ إلى ظَاهِرِ الْخَبَرِ انتهى [١١].

وقال الخطابي: معناه أن الوزن الذي يتعلق به حق الزكاة في النقود وزن مكة، وهي دراهم الإسلام المعدلة كل عشرة سبعة[١٢] مثاقيل، فإذا ملك الرجل منها مائتي درهم، وجب عليه الزكاة ربع عشرها لأن الدراهم مختلفة الأوزان .

قال: وكان أهل المدينة يتعاملون بالدراهم بالعدد فأرشدهم إلى وزن مكة .

---

1 -كتب في المخطوط بالألف "المنّا" وهو الرطلان . فالرطْل - قدرُ نصف مَنًى والجميع أرطال وقد رطَلْته رطْلاً - رُزْته . فمن الأكيال المنّ وفيه لغتان مَنّ ومنّان وأمْنان ومناً ومَنوان وأمْناء ينظر. (المخصص ــ لابن سيده - (٣ / ٤٤٠) بتصرف.

2 -الزيادة من (أ).

3 -أخرجه أبو داود في سننه -كتاب البيوع -بَاب في قَوْلِ النبي r الْمِكْيَالُ مِكْيَالُ الْمَدِينَةِ -رقم٣٣٤٠ (ج٣/ص٢٤٦)و النسائي في السنن الكبرى- كتاب البيوع –الرجحان في الوزن-رقم٦١٨٦ (ج٤/ص٣٥). وصححه الألباني في السلسلة الصحيحة (١ / ٣١٥).

4 -البحر الزخار (٨ / ١٨٤)وَشرح الأزهار - (٣ / ٧٦).

5 -في (ب)"و".

6 - الاختيار لتعليل المختار (٢ / ٣١) بنحوه، والبحر الزخار (٨ / ١٨٤) .

7 -في (ب)"ذكرناه"والصحيح ما أثبته.

8 -سقط من المخطوط.

9 -في (ب)"فإن" والصحيح ما أثبته.

10 -في (ب)"أو" والصحيح ما أثبته.

11 - البحر الزخار - (٨ / ١٨٤) .

12 -في (ب)"بسبعة".

قال: فأما أوزان الأرطال والأمناء فبمعزل عن ذلك، وللناس فيها عادات مختلفة قد أقروا عليها في أحكام الشرع والإقرارات، وأما قوله [صلى الله عليه وآله] [١]"والمكيال مكيال أهل المدينة"[٢]، فإنما هو الصاع الذي يتعلق به الكفارات والفطرة والنفقات فصاع أهل المدينة بل صاع أهل الحجاز خمسة أرطال وثلث بالعراقي، وبه أخذ ش، وصاع أهل العراق ثمانية [أرطال] [٣]، وبه أخذ ح رحمهما الله تعالى انتهى [٤].

قوله عليلم: " **فإن استويا ثبت له حكمهما** " يعني إن لم يكن ثمة أغلب بل استوت العادة في بيعها كيلاً ووزناً لذلك الجنس حكم المكيل وحكم الموزون معاً فإن في بيعها كيلاً ووزناً ثبت لذلك الجنس حكم المكيل وحكم الموزون معاً، فإن بيع بمكيل حكمنا بأنه مكيل وإن بيع بموزون حكمنا بأنه موزون تغليباً لجانب الحظر وهذا نظر من المؤلف عليلم وهو غاية الجودة.

وقال في البحر: يخير حيث لا أغلب كَتَعَارُضِ الْإِمَارَتَيْنِ [٥].

قوله عليلم:" **فإنْ وصَحِبَ أَحَدُ الْمِثْلَيْنِ غَير ذو قِيمَةٍ بتغليب الْمُنْفَرِدُ وإن صحب أحد المثليين غيره ذي**[٦] **قيمة صح بتغليب المنفرد [غَالِبًا .]** [٧]" فإذا بيع ربوي بمثله من جنسه وصحب أحدهما جنس غير داخل في العقد وهو ذو قيمة، اشترط في صحة البيع أن يكون المنفرد أكثر من الذي صحبه غيره، وإلا لم يصح البيع نحو أن يبيع مُد بُر بمد بر ودرهم، فإن ذلك لا يصح لأنه يكون بعض المد المنفرد في مقابلة الدرهم، وبعضه في مقابلة المد الآخر فيؤدي إلى بيع الشيء بجنسه متفاضلاً، وذلك ربا كما مر فأما إذا غلب المنفرد وكان زائداً على المد المصاحب لغيره نحو أن يبيع أكثر من مد بر بمد بر ودرهم، فإن ذلك يصح أن يكون [المد] [٨]الزايد على المد المنفرد في مقابلة الدرهم، ولو قل[٩] ذلك الزائد على الأصح، والمد في مقابلة المد، وكذا يأتي في بيع الرائب[١٠].

---

1 -الزيادة من (أ).
2 -سبق تخريجه آنفاً .
3 -الزيادة من (ب).
4 -ينظر تفسير سنن أبي داود (معالم السنن) لأبي سليمان الخطابي (٢ / ١٣٩).و التلخيص الحبير (ج٢/ص١٧٥) .
5 -البحر الزخار - (٨ / ١٨٤) .
6 -في (أ)"ذوا".
7 -الزيادة من (أ).
8 -الزيادة من (أ).
9 -في (ب)"قبل".
10 -الرائب والرّوب والمروب هو اللبن الذي تكبد وكثفت دوايته وأنّى مخضه. أساس البلاغة (١ / ٣٦٩).

بالزبد، والزيتون بالزيت[1]، والسليط[2] بالسمسم، والبر في سنبله ببر منسل، وأرض فيها زرع بر قد استحصد ببر، ومصحف أو سيف محلى بفضة بدراهم ونحو ذلك، ولا بد في [صحة] [3] جميع ذلك من تغليب المنفرد إذا كان مصاحب الآخر له قيمة، فأما إذا لم يكن له قيمة فلا يشترط تغليب المنفرد، إذ ما لا قيمة له وجوده كعدمه، هذا مذهب الهدوية.

وعند م بالله: أن المصاحب إذا كان لجنسه قيمة وجب تغليب المنفرد، وإن لم يكن للمصاحب نفسه قيمة [4]. لنا: ما مر آنفاً.

واختلف القائلون: بأنه لا بد أن يكون له قيمة، فقال السيد ح: لا يشترط أن تكون قيمته مساوية في التقويم لزيادة المنفرد بل يصح اختلافهما.

وقيل ح: لابد من التساوي كما في الصرف، والأول أظهر، إذ لو اشترطنا التساوي ارتفع الخلاف بيننا وبين ش الذي سيأتي ذكر معنى ذلك في الغيث [5].

وقوله: "غالباً" احتراز من أن يقصد لهذه[6] المصاحبة الجريرة والوسيلة إلى التفاضل المحرم، فإن قصد ذلك يفسد البيع ويكون رباً منهياً عنه وهذه من الزوائد .

قوله عليلم: " **وَلَا يَلْزَمُ إنْ صَحِبَهُمَا** " أي ولا يلزم تغليب أي المتقابلين من الجنس الواحد على الآخر[7] إذا صحب كل واحد منهما جنس غيره، وذلك نحو أن يبيع مُد بُر وثوباً بمد بُر ودرهم، فإن ذلك يصح من دون تغليب أي المدين، وذلك لأنه يمكن حمل البيع على وجه يصح، وهو أن يجعل كل واحد من المصاحبين[8] في مقابلة غير جنسه، وذلك واضح وكذا ما أشبه ذلك.

قيل ح: فعلى قياس كلامهم في هذه المسائل يصح بيع الدراهم المغشوشة بدراهم مغشوشة، وغش كل واحد منها يقابل فضة الآخر، وإن لم يكن مساوياً للفضة في القيمة [9].

تنبيـــــهٌ: هذه المسائل ونحوها تسمى مسائل الاعتبار، وهي بيع جنس ربوي بجنسه متفاضلاً، إذا كان مع أحدهما أو مع كل واحد منهما شيء من غير جنسه، فيصح ذلك عند

---

1 -في (ب)"بالزبيب"وهو تصحيف.
2 -السلْيط: الزيتُ عند عامة العرب، وعند أهلِ اليمن: دهن السمْسم. (العباب الزاخر - (١ / ٢٦٦).
3 -الزيادة من (ب).
4 - شرح الأزهار - (٣ / ٧٨).
5 - الغيث المدرار ج٣(خ) .
6 -في (ب)"بهذه".
7 -في (ب)"الأجزاء"وهو تحريف.
8 -في (ب)"المتصاحبين".
9 - الجوهرة النيرة - (٢ / ٣٥٩).

العترة والحنفية اعتباراً لمقابلة كل جنس الجنس المخالف له لعموم "وأحل الله البيع" ولأن الشيء إذا احتمل وجهي صحة و فساد حمل على الصحة، إذ الأغلب على عقود المسلمين الصحة، وقد[1] أمكن ذلك في مسائل الاعتبار وكما تقدم، فلزم القول بصحتها [2].

وذهب ش وأصحابه: إلى أنها لا تصح لحديث فضالة بن عبيد الصحابي[3] قال أُتِيَ النبي صلى الله عليه وآله عَامَ خَيْبَرَ بِقِلَادَةٍ فيها ذَهَبٌ وَخَرَزٌ ابْتَاعَهَا رَجُلٌ بِتِسْعَةِ دَنَانِيرَ أو بِسَبْعَةِ دَنَانِيرَ فقال النبي صلى الله عليه وآله لَا حتى تُمَيِّزَ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُ "هذه إحدى روايات حديث أخرجه مسلم وغيره [4].

قلنا: يحمل على أن [الذهب] [5] المنفرد لم يكن غالباً جمعاً بين الأدلة.

قوله عليلم " **ولَا حُضُورُ الْمُصَاحِبِ غَالِبًا.** " يعني وحيث يغلب المنفرد لا يلزم حضور مصاحب[6] جنسه لمخالفته مقابلة في الجنسية وسواء كان المصاحب في جانب أو في الجانبين.

مثال ذلك: أن يبيع مد حنطة وثوب بمد حنطة ودينار، فإنه لا يجب حضور الثوب والدينار مجلس العقد[7] والقياس أنه لا يجب أيضاً حضور [إحدى] [8] مدى الحنطة إذ يجوز أن كل واحد منهما مقابلاً[9] لمصاحب جنسه والعقد إذا احتمل وجهي صحة وفساد، حمل على الصحة عند أهل المذهب كما تقدم وفيه خلاف ش كما مر .

وقوله: "غالباً" احتراز من بعض الصور، وذلك نحو أن يشتري رطل عسل مع رطل حديد، برطل عسل مع رطل نحاس، فإنه [ها] [10] هنا يجب حضور الجميع في المجلس، لأنا إن قدرنا الحديد والنحاس مقابلين للعسل[11] من الطرفين، فقد اتفقا في التقدير وهو

---

1 - نهاية ورقة٢٠٧ من (أ).

2 - الجوهرة النيرة - (٢ / ٣٥٩) وشرح الأزهار - (٣ / ٧٨) .

3 - الحاوي الكبير ــ الماوردي - (٥ / ٢٢٢) وفضالة هو ابن عبيد الأنصاري قاضي دمشق لمعاوية وخليفته عليها إذا غاب وكان أصغر من شهد الحديبية ، توفي سنة ثلاث وخمسين -العبر في خبر من غبر - (١ / ٥٨).

4 - أخرجه مسلم في صحيحه -كتاب المساقاة-بَاب بَيْعِ الْقِلَادَةِ فيها خَرَزٌ وَذَهَبٌ -رقم١٥٩١ (ج٣/ص١٢١٣).و أبو داود في سننه- كتاب البيوع -بَاب في حِلْيَةِ السَّيْفِ تُبَاعُ بِالدَّرَاهِمِ -رقم٣٣٥١ واللفظ له (ج٣/ص٢٤٩).

5 -الزيادة من (ب).

6 -في (ب)"المصاحب ".

7 - نهاية ورقة٢١٥ من (ب).

8 -الزيادة من (ب).

9 -في (ب)"مقابل ".

10 -الزيادة من (أ).

11 -في (ب)" العسل".

الوزن، وإن اختلف الجنس فلم يجز النسا، وكذلك[1] إن قدرنا العسل مقابلا للعسل والنحاس مقابلا للحديد لم يجز النسا أيضاً، فلهذا وجب حضور الجميع لما تقدم .

1 -في (ب)" وذلك".

[قوله عليلم] [١] " **فَصْـــــــلٌ**"

يَحْرُمُ ولا يصح غالباً بَيْعُ رطَبٍ بِتَمْرٍ وَنَحْوِ ذلك " هذا الفصل يتضمن ذكر وجوه من البيع ورد الشرع بتحريمها وعدم صحتها أيضاً إلا ما احترز منه بقوله:" غالباً" وهي من زوائده فإن البيع فيها يحرم ويصح كالسوم على السوم، والبيع على البيع والشراء للاختصار [٢] كما سيأتي.

فائـــــدة:لف عليلم بنفي الصحة لما كان مجرد ذكر التحريم كما في الأزهار، لا يفيد نفي الصحة فمن ذلك بيع الرطب بالتمر فإنه لا يجوز ولا يصح، لحديث سعد بن أبي وقاص[٣] قال:" شهدت رسول الله صلى الله عليه وآله " سئل عن [بيع] [٤]الرُّطَبِ بِالتَّمْرِ فقال أَيَنْقُصُ الرُّطَبُ إِذَا يَبِسَ [٥]قالوا نعم قال فَلَا إِذًا [٦]" ذكره في التلخيص بمعناه[٧] ونسبه إلى مالك وش وأحمد وأصحاب السنن وغيرهم [٨].

فائـــــدة: لم يقصد النبي صلى الله عليه وآله الاستفهام عن نقص الرطب إذا جف إذ مثل ذلك لا يخفى عن[٩] غيره صلى الله عليه وآله وإنما قصد التنبيه على علة المنع.

قوله "ونحو ذلك" أراد به سائر ما لا يمكن فيه العلم بالتساوي كالعنب بالزبيب والحب المقلو[١٠] أو[١١] المبلول بما ليس كذلك من جنسه، والحليب بحليب فيه ماء وحب بر بدقيقه وما أشبه ذلك، "فإنه لا يجوز ولا يصح لاتفاقهما جنساً وتقديرا مع عدم علم التساوي.

قيل: ويجوز بيع عنب بعنب، ودقيق بر بمثله مثلا بمثل يدا بيد، لأن التفاوت في ذلك يسير فيعفى عنه، ولا يجوز بيع المقلو بالمقلو

1 -الزيادة من (ب).

2 -في (أ)" للاحتكار".

3 - هو سعد بن أبي وقاص القرشي الزهري، الصحابي الأمير، فاتح العراق، ومدائن كسرى، وأحد الستة الذين عينهم عمر للخلافة، وأول من رمى بسهم في سبيل الله، وأحد العشرة المبشرين بالجنة، ويقال له فارس الإسلام. مات في قصره سنة ٥٥ هــ. (الأعلام للزركلي (٣ / ٨٧).

4 -سقط من (أ).

5 - في المخطوط "جف".والصحيح ما أثبته.

6 -في المخطوط "إذن".

7 - أخرجه أبو داود في سننه - كتاب البيوع - بَاب فِي التَّمْرِ بِالتَّمْرِ -رقم٣٣٥٩ (ج٣/ص٢٥١).والنسائي في السنن الكبرى - كتاب البيوع -اشتراء التمر بالرطب -رقم٦١ (ج٤/ص٢٢).وابن ماجه في سننه - كِتَاب التِّجَارَات - بَاب بَيْعِ الرُّطَبِ بِالتَّمْرِ -رقم٢٢٦٤(ج٢/ص٧٦١).و أحمد بن حنبل في مسنده-باب مسند أبي إسحاق سعد بن أبي وقاص،-رقم١٥٤٤ (ج١/ص١٧٩)و الشافعي في مسنده - كتاب البيوع (ج١/ص١٤٧). والحديث صحيح كما قال الألباني في الإرواء - (٥ / ١٩٩).

8 - التلخيص الحبير (ج٣/ص٩).

9 -في (ب)"على ".

10 -في (أ)"المقلوا ".

11 -في (ب)"و ".

وإن علم تساويهما قبل البل [١].

قوله عليلم " **ومنه الْمُزَابَنَة إلَّا الْعَرَايَا** " أي ومن بيع الرطب بالتمر المزابنة فتحرم ولا يصح لما مر، وهي بيع الرطب على النخل بتمر مكيل [أو غير مكيل] [٢] لحديث سَهْلُ بن أبي خيثْمَةَ نهى [ص] [٣] عن بَيْعِ الثَّمَرِ بِالتَّمْرِ وقال ذلك الرِّبَا تِلْكَ الْمُزَابَنَةُ إلا أَنَّهُ رَخَّصَ في بَيْعِ الْعَرِيَّةِ النَّخْلَةِ وَالنَّخْلَتَيْنِ يَأْخُذُهَا أَهْلُ الْبَيْتِ بِخَرْصِهَا تَمْرًا يَأْكُلُونَهَا رُطَبًا "[٤].

وفي رواية عن سهل[٥] و رافع [٦]أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صلى الله عليه وآله نهى عن الْمُزَابَنَةِ بيع الثَّمَرِ بِالتَّمْرِ إلا أَصْحَابَ الْعَرَايَا فإنه قد أَذِنَ لهم" أخرجه البخاري ومسلم [٧].

وقوله: "العرايا" معناه فيصح ذلك فيها لحديث أبي هريرة[٨] أن رسول الله صلى الله عليه وآله " رَخَّصَ في بَيْعِ الْعَرَايَا بِخَرْصِهَا من التَّمْرِ فِيمَا دُونَ خَمْسَةِ أَوْسُقٍ " أخرجه الستة إلا النسائي [٩].

وحديث زيد بن ثابت أن رسول الله صلى الله عليه وآله رخص لصاحب العرية أن يبيعها بخرصها من التمر [١٠].

وفي رواية "رَخَّصَ في الْعَرِيَّةِ يَأْخُذُهَا أَهْلُ الْبَيْتِ بِخَرْصِهَا تَمْرًا يَأْكُلُونَهَا رُطَبًا "هكذا فيما أخرجه البخاري ومسلم[١١] ،ولغيرهما نحو من ذلك وفيه أحاديث أخر.

قال في الغيث: وأما العرايا فقد اختلف في تفسيرها على ثلاثة أقوال:

---

1 -شرح الأزهار - (٣ / ٧٩).

2 -الزيادة من (أ).

3 -الزيادة من (ب).

4 - أخرجه مسلم في صحيحه -كتاب المساقاة - بَاب تَحْرِيمِ بَيْعِ الرُّطَبِ بِالتَّمْرِ إلا في الْعَرَايَا -رقم١٥٤٠ (ج٣/ص١١٧٠).

5 - هو سهل بن أبي خيثمة وقد سبقت ترجمته .

6 - رافع بن خديج وقد سبقت ترجمته .

7 - أخرجه البخاري في صحيحه -كِتَاب الْمُسَاقَاةِ الشرب - بَاب الرَّجُلِ يَكُونُ له مَمَرٌّ أو شِرْبٌ في حَائِطٍ أو في نَخْلٍ، واللفظ له -رقم٢٢٥٤ (ج٢/ص٨٣٩). و مسلم في صحيحه -كتاب المساقاة - بَاب تَحْرِيمِ بَيْعِ الرُّطَبِ بِالتَّمْرِ إلا في الْعَرَايَا -رقم١٥٤٠ (ج٣/ص١١٧٠).

8 -في (ب)"ضمرة ".

9 - أخرجه البخاري في صحيحه -كِتَاب الْمُسَاقَاةِ الشرب - بَاب الرَّجُلِ يَكُونُ له مَمَرٌّ أو شِرْبٌ في حَائِطٍ أو في نَخْلٍ، -رقم٢٢٥٣ (ج٢/ص٨٣٩). ومسلم في صحيحه -كتاب المساقاة - بَاب تَحْرِيمِ بَيْعِ الرُّطَبِ بِالتَّمْرِ إلا في الْعَرَايَا- رقم ١٥٤١.(ج٣/ص١١٧١). و أبو داود في سننه -كتاب البيوع - بَاب في مِقْدَارِ الْعَرِيَّةِ –رقم ٣٣٦٤ (ج٣/ص٢٥٢).و الترمذي في سننه -كِتَاب الْبُيُوعِ - بَاب ما جاء في الْعَرَايَا وَالرُّخْصَةِ في ذلك -رقم١٣٠١ (ج٣/ص٥٩٥). و ابن ماجه في سننه -كِتَاب التِّجَارَاتِ - باب بَيْعِ الْعَرَايَا بِخَرْصِهَا تَمْرًا -رقم٢٢٦٨.(عن زيد بن ثابت رضي الله عنه) (ج٢/ص٧٦٢).

10 - أخرجه البخاري في صحيحه –كتاب البيوع - بَاب بَيْعِ الْمُزَابَنَةِ وَهِيَ بَيْعُ الثَّمَرِ بِالتَّمْرِ.... -رقم ٢٠٧٦ (ج٢/ص٧٦٣) ومسلم في صحيحه –كتاب المساقاة - بَاب تَحْرِيمِ بَيْعِ الرُّطَبِ بِالتَّمْرِ إلا في الْعَرَايَا واللفظ له. رقم١٥٣٩ (ج٣/ص١١٦٩) .

11 - أخرجه البخاري في صحيحه –كتاب البيوع - بَاب بَيْعِ الثَّمَرِ على رؤوس النَّخْلِ بِالذَّهَبِ والفضة -رقم٢٠٧٩(ج٢/ص٧٦٤). ومسلم في صحيحه –كتاب المساقاة - بَاب تَحْرِيمِ بَيْعِ الرُّطَبِ بِالتَّمْرِ إلا في الْعَرَايَا - واللفظ له -١٥٣٩(ج٣/ص١١٦٩).

الأول: ما ذكره ع أنه شرى الرطب على النخل بخرصه تمراً فيما دون النصاب للفقير، وقال أبو يوسف: هي أن يهب الرجل تمر نخلة أو نخلتين ثم يكره دخول المتهب أرضه فيعطيه الواهب خرصها تمراً ليلاً يدخل .

وقال محمد: هي أن يشتري الواهب ما وهب بخرصه تمراً والرخصة على قول أبي يوسف في إخلاف الوعد والرجوع في الهبة، وعلى قول محمد أن هذا ليس ببيع على الحقيقة إذ لم يملك المتهب لعدم القبض، وعلى قول ع الرخصة في بيع الجنس بجنسه مع فقد العلم بالتساوي انتهى [١].

وقول ش وأصحابه كقول ع، إلا أنهم يشترطون أن لا يفترق المتبايعان حتى يتقابضا التمر بالكيل والرطب بالتخلية.

قلنا: لا دليل على اشتراط ذلك.

قال في مهذب الشافعية[٢]وهكذا في العنب بالزبيب وفي سائر الثمار قولان انتهى [٣].

وما ذكره ع هو ظاهر المذهب، وقيل ف: المذهب خلاف ذلك، وهو أنه لا يجوز بيع الرطب على النخل بخرصه تمراً في حال من الأحوال وهو قول ح [٤].

قال في الغيث : قلت وإذا صح ما حكاه في أصول الأحكام عن ع، وفي الانتصار مثله عن القاسم فينظر من أين جعل الفقيه ف المذهب خلافه، ولعله أخذه من قول القاضي زيد في الشرح أن العرايا مشتقة من العارية، وقد غلطه الإمام ح بن حمزة [عليلم] [٥] والله أعلم انتهى[٦].

وفي تفسير العرايا أقوال أخر فيها بُعد، والله أعلم.

قوله عليلم: " **وتَلَقِّي الْجَلُوبَةَ** "أي [و] [٧]تلقي ما يجلب إلى سوق المسلمين ليشتريها قبل وصولها، وإنما حرم ذلك لأن المتلقي يخدع البائع ولأن الضعيف من أهل المصر يعجز عن التلقي فإذا وصل الجلاب طرف المصر زال التحريم لزوال الأمرين حينئذ والقول بتحريم ذلك هو المذهب، لظاهر أحاديث النهي عن ذلك لحديث[٨] ابن عمر قال نهى رسول الله

---

1 -الغيث المدرار ج٣(خ) .
2 -في (ب)"الشافعي ".
3 - المهذب (١ / ٢٧٥) بتصرف، و الحاوي الكبير (٥ / ٤٥٨). و شرح الأزهار - (٣ / ٨٠) .
4 - الدر المختار - (٥ / ١٨٣).
5 -الزيادة من (أ).
6 -الغيث المدرار ج٣(خ) .
7 -الزيادة من (ب).
8 -في (أ)"كحديث ".

صلى الله عليه وآله "عن تَلَقِّي الْبُيُوعِ" هذه رواية مسلم[١]، وله وللبخاري قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله:" لا تَلَقَّوْا السِّلَعَ حتى[٢/] يُهْبَطَ بها إلى الأسواق"[٣] وفيه روايات أخر.

وحديث ابن عباس قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله " لَا تَلَقَّوْا الرُّكْبَانَ ولا يبيع[٤] حَاضِرٌ لِبَادٍ " أخرجه البخاري ومسلم وغيرهما [٥].

وحديث ابن مسعود قال: نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن تَلَقِّي الْبُيُوعِ "[٦] أخرجه الترمذي.

وحديث أبي هريرة قال نهى رسول الله صلى الله عليه وآله" أن يتلقى الجلب فمن تلقى فَاشْتَرَى منه فإذا أتى سَيِّدُهُ السُّوقَ فَهُوَ بِالْخِيَارِ" هذه رواية مسلم، وأبي داود والترمذي [٧].

وقيل: ذلك مكروه غير محظور، إذا لم يحصل به أضرار.

لنا: ظاهر الأخبار السابقة ونحوها.

قال في الغيث:" فمن تلقى الجلوبة فاشترى صح شراؤه، وإنما صح مع تحريم التلقي، لأن النهي ورد لمعنى فلم يقتض الفساد كالبيع وقت النداء[٨].

قوله عليلم: " **واحْتِكَارُ قُوتِ آدَمِيٍّ وَ**[٩] **بَهِيمَةٍ فَاضِلٍ عَنْ كِفَايَتِهِ ومَنْ يُمَوِّنُ إلى الْغَلَّةِ**[١٠/] **مَعَ حَاجَةٍ وعَدَمٍ إلَّا مَعَ مِثْلِهِ** "معناه أن الاحتكار إنما يحرم بالشروط المذكورة إما قوت

---

1 -أخرجه مسلم في صحيحه –كتاب المساقاة-بَاب تَحْرِيمِ تَلَقِّي الْجَلَبِ-رقم١٥١٧ (ج٣/ص١١٥٦)، وكذلك أخرجها البخاري في صحيحه - بَاب النَّهْيِ عن تَلَقِّي الرُّكْبَانِ -رقم ٢٠٥٦ (ج٢/ص٧٥٩).

2 - نهاية ورقة ٢٠٨ من (أ).

3 - أخرجه البخاري في صحيحه –كتاب البيوع- بَاب النَّهْيِ عن تَلَقِّي الرُّكْبَانِ بلفظ " قال لَا يَبِيعُ بَعْضُكُمْ على بَيْعِ بَعْضٍ ولا تَلَقَّوْا السِّلَعَ حتى يُهْبَطَ بها إلى السُّوقِ "-رقم٢٠٥٧ (ج٢/ص٧٥٩)و مسلم في صحيحه -بَاب تَحْرِيمِ تَلَقِّي الْجَلَبِ -رقم١٥١٧(ج٣/ص١١٥٦).

4 -في (ب)"يبع ".وهو الصحيح .

5 - أخرجه البخاري في صحيحه –كتاب البيوع -بَاب هل يَبِيعُ حَاضِرٌ لِبَادٍ بِغَيْرِ أَجْرٍ وَهَلْ يُعِينُهُ أو يَنْصَحُهُ ...-رقم٢٠٥٠ – واللفظ له (ج٢/ص٧٥٧).و مسلم في صحيحه –كتاب المساقاة -بَاب تَحْرِيمِ بَيْعِ الرَّجُلِ على بَيْعِ أَخِيهِ و... -رقم ١٥١٥(ج٣/ص١١٥٥).و أبو داود في سننه -كتاب الْإِجَارَةِ -بَاب من اشْتَرَى مُصَرَّاةً فَكَرِهَهَا -رقم٣٤٤٣ (ج٣/ص٢٧٠).

6 - أخرجه الترمذي في سننه -كِتَاب الْبُيُوعِ -بَاب ما جاء في كَرَاهِيَةِ تَلَقِّي الْبُيُوعِ -رقم١٢٢٠ (ج٣/ص٥٢٤). وكذلك أخرجها البخاري في صحيحه –كتاب البيوع- بَاب النَّهْيِ عن تَلَقِّي الرُّكْبَانِ -رقم ٢٠٥٦ (ج٢/ص٧٥٩).

7 - أخرجه مسلم في صحيحه –كتاب المساقاة- بَاب تَحْرِيمِ تَلَقِّي الْجَلَبِ واللفظ له -رقم١٥١٩ (ج٣/ص١١٥٧).و أبو داود في سننه -كتاب الْإِجَارَةِ -بَاب من اشْتَرَى مُصَرَّاةً فَكَرِهَهَا -رقم٣٤٤٣ (ج٣/ص٢٧٠).و الترمذي في سننه -كِتَاب الْبُيُوعِ - بَاب ما جاء في كَرَاهِيَةِ تَلَقِّي الْبُيُوعِ -رقم١٢٢٠ (ج٣/ص٥٢٤) .

8 -العيث المدرار ج٣(خ) .

9 -في (ب)"أو ".

10 - نهاية ورقة ٢١٦ من (ب).

الآدمي فلظاهر الإخبار الواردة في ذلك إذ ظاهرها الاختصاص بالطعام فخرج غيره كالثياب والسمن والعسل ونحوها .

وأما قوت البهيمة فقياس فمن الأحاديث الواردة في الاحتكار حديث ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وآله قال:"مَنِ احْتَكَرَ طَعَاماً أَرْبَعِينَ يوماً يريد به الغلاء فَقَدْ بَرِئَ مِنَ اللَّهِ وبَرِئَ الله منه " رواه أحمد وأبو يعلى[1] والبزار والحاكم [2].

وعن معاذ قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وآله يقول " "بِئْسَ الْعَبْدُ الْمُحْتَكِرُ إن أَرْخَصَ اللَّهُ الأَسْعَارَ حَزِنَ وَإِنْ أَغْلاهَا اللَّهُ فَرِحَ "رواه الطبراني وذكره رزين [3].

وعن عمر سمعت رسول الله صلى الله عليه وآله يقول: "من احْتَكَرَ على الْمُسْلِمِينَ طَعَامَهم[4] ضَرَبَهُ الله بِالْجُذَامِ وَالْإِفْلَاسِ" رواه ابن ماجة، ورواه الأصبهاني مع قصه،[5] وفي ذلك أحاديث [أخر] [6] [7].

الشرط الثاني: أن يكون الذي احتكره فاضلاً عن كفايته ومن يموت إلى الغلة فإن لم يكن له غلة فكفاية السنة، والأصل في اعتبار هذا الشرط ما ثبت من طرق عدة أن النبي صلى الله عليه وآله: "كان يَحْبِسُ لِأَهْلِهِ قُوتَ سَنَتِهِمْ "ممن روى ذلك معمر [8] عن ابن شهاب[9] .

وفي هذا المعنى ما رواه ابن المسيب

---

1 -في (ب)"على " وهو تحريف.

2 - أخرجه أحمد في مسنده -مسند عبد اللَّهِ بن عُمَرَ بن الْخَطَّابِ رضي الله عنهما -رقم٤٨٨٠ " بلفظ : مَنِ احْتَكَرَ طَعَاماً أَرْبَعِينَ لَيْلَةً فَقَدْ بَرِئَ مِنَ اللَّهِ تعالى وبرىء الله تعالى منه "(ج٢/ص٣٣) و أبو يعلى في مسنده –تابع مسند عبدالله بن عمر رضي الله عنه-رقم٥٧٤٦. (ج١٠/ص١١٥). و المستدرك على الصحيحين –كتاب البيوع-رقم٢١٦٥ (ج٢/ص١٤). و البزار في مسنده -رقم٥٣٧٨(٢ / ٢١٩). واللفظ لرزين كما في مشكاة المصابيح (ج٢/ص٨٧٦) .

3 - أخرجه الطبراني في المعجم الكبير–باب خالد بن معدان-رقم١٨٦ (ج٢٠/ص٩٥). و رزين في كتابه (الجمع بين الصحاح الستة) (مخطوط) ينظر مشكاة المصابيح (ج٢/ص٨٧٦).

4 - في ابن ماجه "طعاما" .

5 -. هو عبد الرحمن بن محمد بن إسحاق، ابن مندة العبدي الأصبهاني، أبو القاسم: حافظ، مؤرخ. جليل القدر، واسع الرواية، له أصحاب وأتباع يعرفون،بالعبد رحمانية، ينتمون إلى اعتقاده، من كتبه (تاريخ أصبهان) ومولده ووفاته فيها. سنة ٤٧٠ هـ. الأعلام للزركلي - (٣ / ٣٢٧).

6 -الزيادة من (أ).

7 -أخرجه ابن ماجه في سننه -كِتَاب التِّجَارَاتِ - بَاب الْحُكْرَةِ وَالْجَلْبِ -ضعيف.٥ (ج٢/ص٧٢٩). و أخرجه أحمد في مسنده - مسند عمر بن الخطاب رضي الله عنه رقم١٣٥(ج١/ص٢١).والحديث ضعيف. ينظر صحيح وضعيف سنن ابن ماجة (٥ / ١٥٥) .

8 - هو معمر بن راشد بن أبى عمرو الازدي الحداني بالولاء، أبو عروة: فقيه، حافظ للحديث، متقن، ثقة،من أهل البصرة.ولد واشتهر فيها، وسكن اليمن، وأراد العودة إلى بلده فكره أهل صنعاء أن يفارقهم، فقال لهم رجل: قيدوه، فزوجوه، فأقام، وهو عند مؤرخي رجال الحديث، أول من صنف باليمن ، توفي رحمه الله في عام ١٥٣ هـ (الأعلام للزركلي - (٧ / ٢٧٢).

9 -أخرجه البخاري في صحيحه -كِتَاب النَّفَقَاتِ -بَاب حَبْسِ نَفَقَةِ الرَّجُلِ قُوتَ سَنَةٍ على أَهْلِهِ وَكَيْفَ نَفَقَاتُ الْعِيَالِ -رقم٥٠٤٢ (ج٥/ص٢٠٤٨).

عن معمر بن[1] أبي معمر أحد بني[2]عدي بن كعب[3] قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: "من احْتَكَرَ فَهُوَ خَاطِئٌ "قيل [لسعيد][4]:فَإِنَّكَ تَحْتَكِرُ فقال إِنَّ مَعْمَرًا الذي كان يحدث هذا الحديث كان يَحْتَكِرُ [5] " أخرجه مسلم وأبو داود والترمذي [6].

قلت: فيحصل هذا للاحتكار على ما ثبت عن النبي صلى الله عليه وآله من ادخار قوت السنة كما تقدم، وأن تحريم الاحتكار ليس على إطلاقه.

قيل ف: ويعتبر أيضاً أن يكون متربصاً به الغلاء.

قلت: ويدل على ذلك قوله صلى الله عليه وآله في حديث ابن عمر يريد به الغلاء وقد تقدم.

الشرط الثالث: أن يكون احتكاره مع حاجة الناس.

[و] [7]الشرط الرابع: أن يكون الطعام معدوماً لا يوجد إلا مع محتكر مثله فإذا اجتمعت هذه الشروط حرم الاحتكار، وهو الامتناع من البيع وتناوله الوعيد المذكور في الأحاديث السابقة ونحوها ولا فرق بين أن يكون الطعام من زرعه أو شراؤه من المصر أو من السواد، خلاف ح فيما كان من زرعه أو شراءه من السواد ولا وجه [8] له ومع عدم اجتماع الشروط المذكورة لا يحرم الاحتكار المذكور إذ لا مضرة لكنه يكره وإن لم يدخره للاقتيات [9].

قال في الغيث: فإن قلت ظاهر هذا [يقتضي] [10] أنه لا يكون محتكراً إلا عند اجتماع هذه القيود فأما عند الشراء للاحتكار [المذكور] [1] فليس بمحتكر [2].

---

1 -في المخطوط "عن" وهو تصحيف .

2 -في المخطوط " حدثني " وهو تصحيف .

3 - هو عدي بن كعب بن لؤي بن غالب بن فهر، من قريش، من عدنان: جد جاهلي،من نسله أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه . الأعلام للزركلي - (٤ / ٢٢١).

4 -سقط من (ب).

5 -في (ب)"يحتكر ".

6 - أخرجه مسلم في صحيحه -كِتَاب الْمُسَاقَاة -بَاب تَحْرِيمِ الِاحْتِكَارِ فِي الْأَقْوَاتِ -رقم١٦٠٥ واللفظ له (ج٣/ص١٢٢٧). و أبو داود في سننه -كتاب الْإِجَارَةِ -بَاب فِي النَّهْيِ عن الْحُكْرَةِ -رقم٣٤٤٧ (ج٣/ص٢٧١).و الترمذي في سننه -كِتَاب الْبُيُوعِ -بَاب ما جاء في الِاحْتِكَارِ –رقم ١٢٦٧ - قال أبو عيسَى وَالْعَمَلُ على هذا عِنْدَ أَهْلِ الْعِلْمِ كَرِهُوا احْتِكَارَ الطَّعَامِ وَرَخَّصَ بَعْضُهُمْ في الِاحْتِكَارِ في غَيْرِ الطَّعَامِ وقال بن الْمُبَارَكِ لَا بَأْسَ بِالِاحْتِكَارِ في الْقُطْنِ وَالسِّخْتِيَانِ وَنَحْوِ ذلك(ج٣/ص٥٦٧).

7 -الزيادة من (ب).

8 -في (ب)"حاجة".

9 -شرح الأزهار - (٣ / ٨١) .

10 -الزيادة من (أ).

قلت: المراد أنه عند اجتماع القيود محتكر فأما عند اشترائه للاحتكار فإنه ينظر فإن كان مزمعاً(٣) على أن يمنعه ولو اجتمعت القيود كان عاصياً لله تعالى بهذه العزيمة ولا يكلف البيع حتى تجتمع القيود وإن كان في عزمه أنه لا [يمنع من بيعه] (٤) وقت حاجة الناس إليه لم يكن محتكراً .

قوله عليلم: " **فَيُكَلَّفُ الْبَيْعَ** " أي يكلفه الإمام أو الحاكم أن يبيع الطعام المحتكر عند اجتماع القيود المذكورة، ويعزره حيث امتنع من البيع فإن تمرد باع الإمام أو الحاكم عنه كما استقربه الإمام المهدي عليلم كما يبيعان عن المتمرد عن قضاء الدين ونحوه .

قوله عليلم: " **ولَا تسْعِير فِي الْقُوتَيْنِ غالباً** "أي لا يجوز للإمام فضلاً عن غيره تسعير قوت الآدمي والبهيمة خاصة لا في حق المحتكر ولا في حق غيره، وإنما يكلف البيع فقط كما مر، ويسعر المالك كيف شاء.

والأصل في ذلك ما رواه أبو هُرَيْرَةَ أَنَّ رَجُلًا جاء فقال يا رَسُولَ اللَّهِ سَعِّرْ فقال بَلْ أَدْعُو ثُمَّ جَاءَهُ [رَجُلٌ] (٥) [آخر] (٦)فقال يا رَسُولَ اللَّهِ سَعِّرْ فقال بَلْ الله يَخْفِضُ وَيَرْفَعُ وَإِنِّي لَأَرْجُو أَنْ أَلْقَى اللَّهَ وَلَيْسَ لِأَحَدٍ عِنْدِي مَظْلَمَةٌ" أخرجه أبو داود (٧).

وعن أَنَسٍ أن الناس قالوا: لرسول الله صلى الله عليه وآله" يا رَسُولَ اللَّه غَلَا السِّعْرُ فَسَعِّرْ لنا فقال إِنَّ اللَّهَ هو الْمُسَعِّرُ الْقَابِضُ الْبَاسِطُ الرَّازِقُ(٨)[و] (٩) إِنِّي لَأَرْجُو أَنْ أَلْقَى اللَّهَ وَلَيْسَ أَحَدٌ مِنْكُمْ يُطَالِبُنِي بِمَظْلَمَةٍ في دَمٍ ولا مَالٍ " أخرجه الترمذي وأبو داود (١٠).

وقوله: "غالباً" احتراز من أن يمتنع من البيع بسعر الوقت الذي يراد البيع فيه ويطلب زيادة عليه فإنه لا يُخَلّى وذلك بل يكلف البيع [بسعر] (١١) ذلك الوقت هكذا نقل عن المؤلف عليلم، فإن لم يعرف السعر حينئذ لعدم القوت فله أن يطالب(١٢) أكثر ما يعتاد في مثل ذلك

---

1 -الزيادة من (ب).
2 -الغيث المدرار ج٣(خ) .
3 -في (ب)"عازماً ".
4 -في (ب)" يمتنع من البيع "بدل ما بين المعقوفتين.
5 -سقط من المخطوط.
6 -زيادة من المخطوط.
7 -في سننه -كتاب الْإِجَارَةِ -بَاب في التَّسْعِيرِ -رقم٣٤٥٠ (ج٣/ص٢٧٢) .
8 -في (أ)"الرزاق "والصحيح ما أثبته.
9 -سقط من (ب).
10 - أخرجه أبو داود في سننه -كتاب الْإِجَارَةِ -بَاب في التَّسْعِيرِ –رقم ٣٤٥١ (ج٣/ص٢٧٢)و الترمذي في سننه -كِتَاب الْبُيُوعِ -بَاب ما جاء في التَّسْعِيرِ -رقم١٣١٤. قال أبو عِيسَى: هذا حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ (ج٣/ص٦٠٥).
11-الزيادة من (ب).
12-في (ب)"يطلب ".

الوقت من الزمن الماضي وليس له أن يطلب زيادة على ذلك فإن طلبها منع وسعر عليه بذلك القدر .

ومسألة غالباً هذه من الزوائد، والقول بتحريم التسعير في القوتين[١] هو المذهب و[هو][٢] قول ح وش لما مر.

وقال ك: يجوز التسعير رعاية للمصلحة.

فأما غير القوتين من سائر المبيعات فيجوز التسعير فيها ولعل ذلك اتفاق رعاية لمصلحة الناس ودفعاً للضرر عنهم، وإنما منع [من] [٣]التسعير في القوتين للأخبار المتقدمة، ولأن التسعير فيما يكون سبباً لامتناع التجار من الجلب إلى البلد فيضيق على الناس أقواتهم ذكر معنى ذلك في الغيث [٤].

قوله عليلم" **ويفْرقُ بَيْنَ رحم محرم فِي الْمِلْكِ ما دام فيهم صَّغِيرُ** " فذلك أيضاً مما يحرم لورود النهي عنه كما روي عن علي عليلم أنه فرق بين والدة وولدها فنهاه [رسول الله] [٥] صلى الله عليه وآله عن ذلك ورد البيع أخرجه أبو داود [٦] .

وعنه أيضاً قال وَهَبَ لي رسول اللَّهِ صلى الله عليه وآله غُلَامَيْنِ أَخَوَيْنِ فَبِعْتُ أَحَدَهُمَا فقال لي رسول اللَّهِ صلى الله عليه وآله "ما فَعَلَ غُلَامُكَ فَأَخْبَرْتُهُ [٧] فقال رُدَّهُ [رُدَّهُ][٨] أخرجه الترمذي[٩].

وعن أبي أَيُّوبَ قال سمعت رَسُولَ اللَّهِ صلى الله عليه وآله يقول من فَرَّقَ بين الْوَالِدَةِ وَوَلَدِهَا فَرَّقَ الله بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَحِبَّتِهِ يوم الْقِيَامَةِ " أخرجه الترمذي [١٠].

1-في (أ)"القولين ".

2-الزيادة من (أ) .

3-الزيادة من (أ).

4-الغيث المدرار ج٣(خ)، الاختيار لتعليل المختار (٤ / ١٧٢). إعانة الطالبين (٣ / ٣١). والتاج والإكليل لمختصر خليل (٧ / ٥٢) .

5- الزيادة من (ب).

6-أخرجه أبو داود في سننه -أول كتَاب الْجِهَاد -بَاب في التَّفْرِيقِ بين السَّبْيِ -رقم٢٦٩٦ "بلفظ " عن عَلِيٍّ أَنَّهُ فَرَّقَ بين جَارِيَةٍ وَوَلَدِهَا فَنَهَاهُ النبي r عن ذلك وَرَدَّ الْبَيْعَ ".(ج٣/ص٦٣). والحديث حسن كما قال الألباني في صحيح وضعيف سنن أبي داود – رقم٢٦٩٦.

7 - نهاية ورقة ٢٠٩ من (أ).

8 -سقط من (ب).

9 - أخرجه الترمذي في سننه -كتَاب الْبُيُوعِ - بَاب ما جاء في كَرَاهِيَةِ الْفَرْقِ بين الْأَخَوَيْنِ أو بين الْوَالِدَةِ وَوَلَدِهَا في الْبَيْعِ - رقم١٢٨٤ (ج٣/ص٥٨٠) . والحديث ضعيف كما قال الألباني. ينظر (صحيح وضعيف سنن الترمذي(٣ / ٢٨٤).

10 - أخرجه الترمذي في سننه -كتَاب الْبُيُوعِ -بَاب ما جاء في كَرَاهِيَةِ الْفَرْقِ بين الْأَخَوَيْنِ أو بين الْوَالِدَةِ وَوَلَدِهَا في الْبَيْعِ – رقم ١٢٨٣ . قال أبو عِيسَى: هذا حَدِيثٌ حَسَنٌ غَرِيبٌ (ج٣/ص٥٨٠)، وحسنه الألباني ينظر (صحيح الترغيب والترهيب - (٢ / ١٦٥).

وقيس على ما ذكر سائر ذوي الأرحام المحارم فمن ملك منهم رقبتين فصاعداً لم يجز له إخراج أحدهم

دون الباقين(١)عن ملكه غيره ببيع ولا هبة ولا غيرهما ما دام فيهم من هو صغير ولا يصح في أيهم البيع إلا أن يبيعهم أو يهبهم جميعاً من مالك واحد فإن لم يبق فيهم صغير جاز ذلك.

وقوله: "في الملك" احتراز من التفريق بالعتق، أو في الجهات فإن ذلك يجوز.

قيل [ع] (٢): إلا أن يحصل مع ذلك تضرر لم يجز.

قال في الغيث: وهذا صحيح [٣/] لاتفاق ذلك هو والتفريق في الملك في العلة انتهى (٤).

هذا هو المختار للمذهب أعني عدم جواز التفريق في الملك ما دام [و] (٥) فيهم صغير مطلقاً.

وقال ص بالله: يجوز ذلك إذا رضي الكبير، وقال أبو جعفر: يجوز إذا كان مع الصغير أحد الكبار (٦).

قلنا: لم يفصل الدليل، فإن قيل ولم يفصل عموم الدليل أيضاً بين الصغير والكبير.

قال في الغيث: لعله خصه الإجماع في الكبير كما خصص العتق فإن التفريق بالعتق جائز إجماعا، وكذا يجوز البيع ونحوه إلى ذي رحم للملوك لأنه يعتق على المشتري، والتفريق بالعتق جائز إجماعاً كما تقدم.

وعن(٧) ح ومحمد، ومثله في التقرير عن الباقر.

وعن ش: أن النهي إنما ورد [عن التفريق] (٨) بين الأولاد والوالدين فقط فيقتصر على ذلك (٩).

---

1 -في (ب) " الثاني".

2 -الزيادة من (أ).

3 - نهاية ورقة ٢١٧ من (ب).

4 - الغيث المدرار ج٣(خ) .

5 -الزيادة من (ب).

6 - شرح الأزهار - (٣ / ٨٢) .

7 -في (ب) " عند".

8 -الزيادة من (أ) .

9 - الغيث المدرار ج٣(خ) و روضة الطالبين - (٣ / ٨٢) و شرح الأزهار - (٣ / ٨٢) .

قلنا: وبين الأخوين كما في حديث علي عليلم[١]، وغيرهما[٢] مقيس كما مر.

ويصح بيع الأمة واستثناء حملها، ولا يصح [نحو] [٣] بيع الحمل وحده [و] [٤]لا جعله مهراً لكن يصح النذر به والإقرار به والايصاء به، وجعله عوض خلع لأن هذه الأشياء تقبل الجهالة ولا يكون أي ذلك من التفريق المنهي عنه، فإن اعتق الأم[٥] مالكها عتق الحمل إذ هو كالجزء منها وضمن المعتق لمالك الحمل قيمته يوم ولد إن خرج حياً .

فـــــرع: وحد الصغر إلى البلوغ، وعلى قول ص بالله وأحد قولي الناصر إلى سبع سنين، لا فرق في التفريق بين أن يملك الغير كل الرقبة أو بعضها.

وأما التفريق بالقسمة فذكر بعض أهل المذهب وغيرهم أن ذلك لا يجوز، واختار المؤلف عليلم جوازها.

قال: لأنها في الحقيقة ليست معاوضة بل تعيين، لأن الاشتراك ثابت من أول وهلة فلم يكن للقسمة تأثير في التفريق، وأيضاً فليست للقسمة بيعاً من كل وجه، ولأن في القول بذلك رفعاً[٦] لما ورد الشرط بجوازه وهو القسمة، إذ لم يسمع أن أحداً [من السلف] [٧]منع منها لذلك، وقد أجازوا من التفريق ما هو أبلغ من القسمة في الضرر، وعدم الرفق اللذين[٨] هما السبب في عدم جواز التفريق كاستثناء[٩] الحمل وجعله وصية ونحوهما[١٠] .

فـــــرعٌ: وَفِي الْبَهِيمَةِ وَوَلَدِهَا وَجْهَانِ:

لا يجوز لنهيه صلى الله عليه وآله عَنْ تَعْذِيبِ الْبَهَائِمِ" [١١] وَيَجُوزُ كَالذَّبْحِ، وَهُوَ الْأَصَحُّ، بِخِلَافِ الْآدَمِيِّ لِلْحُرْمَةِ .ذكره في البحر [١٢].

---

1 -سبق تخريجه آنفاً .

2 -في (ب) " وغيرهم".

3 -الزيادة من (ب) .

4 -الزيادة من (أ) .

5 -في (ب) " لأمة".

6 -في (ب) " دفعاً ".

7 -الزيادة من (أ).

8 -في (أ) " الذي".

9 -في (ب) " لاستثناء".

10 -في (ب) " ونحوها".

11 - أخرجه مسلم في صحيحه - كتَاب الصَّيْدِ وَالذَّبَائِحِ وما يُؤْكَلُ من الْحَيَوَانِ - بَاب النَّهْيِ عن صَبْرِ الْبَهَائِمِ -رقم١٩٥٦ . بلفظ " عن زَيْدِ بن أَنَسِ بن مَالِكٍ قال دَخَلْتُ مع جَدِّي أَنَسِ بن مَالِكٍ دَارَ الْحَكَمِ بن أَيُّوبَ فإذا قَوْمٌ قد نَصَبُوا دَجَاجَةً يَرْمُونَهَا قال فقال أَنَسٌ نهى رسول اللَّهِ صلى الله عليه وسلم أَنْ تُصْبَرَ الْبَهَائِمُ " (ج٣/ص١٥٤٩). ومعنى صبر البهائم: هو أن تمسك وتجعل هدفا يرمي إليه حتى تموت. ففيه تعذيب لها، وتصير ميتة لا يحل أكلها ويخرج جلدها عن الانتفاع "سنن ابن ماجه - (٢ / ١٠٦٣).

12 - البحر الزخار (٨ / ١١٦) .

فـــــرع: وإذا وقع التفريق بالبيع على القول بعدم جوازه فقيل ح: يكون البيع فاسداً [١]، وهو الأقرب.

وقال السيد ح : يكون باطلاً ، وإنما عدل المؤلف [عليلم] [٢] عبارة الأزهار إلى ما ذكره لأنه أخصر ولأنه لا يشير إلى الخلاف كما مر.

قوله: " **والنَّجْشُ** "وهو بالنون والجيم والشين المعجمة، وهو أن يعطي المساوم في السلعة فوق قيمتها لا لرغبة[٣] فيها بل ليخدع من يشتريها غيره، أو ليخير البائع عن بيعها إلا بما دفع فذلك محرم على فاعله[٤]. قيل: إجماعاً [٥].

والأصل في تحريمه نحو ما أخرجه [البخاري] [٦] وغيره من رواية أبي هريرة قال نهى رسول الله صلى الله عليه وآله أنْ يَبِيعَ حَاضِرٌ لِبَادٍ[٧] ولا تَنَاجَشُوا ..." الحديث [٨] وفيه روايات أخر.

وفي حديث أخرجه النسائي من رواية ابن عمر ما لفظه ونهى [ص] [٩]"عن النَّجْشِ" الحديث [١٠] .

فـــــرعٌ : وإذا[١١] وقع الشراء مع النجش صح البيع على المذهب.

وقال ك: يفسد لأجل النهي وإذ[١٢] فيه غرر [١٣].

قلنا: ليس النهي لأمر يرجع إلى العقد ولا إلى المبيع بل إلى أمر خارج والغرر حصل من غير البائع فلا خيار للمشتري إلا حيث وقعت مواطأة من البائع على النجش فيكون ذلك تدليساً منه يخير المشتري للغرر ذكر معنى ذلك في البحر [١٤].

---

1 - مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر - (٣ / ١٠٢) .
2 -الزيادة من (أ).
3 -في (ب) " رغبة ".
4 - شرح الأزهار - (٣ / ٨٢).
5 - الاستذكار لابن عبد البر- (٦ / ٥٢٨) .
6 -سقط من (ب) .
7 -في (ب) " لبادي".
8 - أخرجه البخاري في صحيحه –كتاب البيوع- بَاب لَا يَبِيعُ على بَيْعِ أَخِيهِ ولا يَسُومُ على سَوْمِ أَخِيهِ حتى يَأْذَنَ له أو يَتْرُكَ - ٢٠٣٣ (ج٢/ص٧٥٢).
9 -سقط من (أ) .
10 - أخرجه النسائي الكبرى في السنن- كتاب البيوع –بيع الحاضر للبادي- رقم ٦٠٨٨ (ج٤/ص١٣)، وهو كذا في صحيح البخاري-كتاب البيوع - باب النجش -رقم ٢٠٣٥ (ج٢/ص٧٥٣).
11 -في (ب) " فإذا".
12 -في (ب) " وإذا".
13 -الشرح الكبير للشيخ الدردير (٣ / ٦٨). والاستذكار - (٦ / ٥٢٨).
14 - البحر الزخار (٨ / ١٣) .

قوله عليلم: " **والسَّوْمُ عَلَى السَّوْمِ بعد تراض**" والمراد به الزيادة [على الثمن] (١) في الثمن أو

[في] (٢) المبيع سراً أو جهراً بعد حصول التراضي بين المتساومين بثمن معلوم أو قدر من المبيع معلوم فيقول آخر للمشتري أنا أبيع منك بدون هذا الثمن، وأزيد لك في المبيع أو يقول للبائع أنا أزيدك في الثمن أو نحو ذلك فإن ذلك يحرم بعد التراضي فأما لو كانا متساومين ولم يتراضيا على شيء فجاء آخر فدفع أكثر جاز لحديث فعله صلى الله عليه وآله في بيع القعب والحلس(٣) وقد مر (٤).

والأصل في تحريم السوم [على السوم] (٥) نحو ما ورد في بعض روايات حديث أبي هريرة المتقدم حيث قال:" ولا يسم(٦) على سَوْمِ أَخِيهِ " (٧) وفي أخرى" وَأَنْ يَسْتَامَ الرَّجُلُ على سَوْمِ أَخِيهِ " (٨)، وحديث القعب والحليس مخصص لعموم هاتين الروايتين.

قوله عليلم:" **الْبَيْعُ عَلَى الْبَيْعِ** "فإنه يحرم أيضاً لنحو ما أخرجه البخاري وغيره من رواية ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وآله قال:[و] (٩)لا يَبِعْ بَعْضُكُمْ(١٠) على بَيْعِ بَعْضٍ"(١١)، وفي رواية نهى صلى الله عليه وآله أن يبيع الرَّجُلُ على بَيْعِ أَخِيهِ " (١٢).

وفي رواية" أنه لا يبع الرجل على بيع أخيه حتى يبتاع أو يذر" (١٣) وفي ذلك أحاديث أخر.

وصورة البيع على البيع أن يقول قائل لمن باع بخيار استرد المبيع وأنا أزيدك في الثمن، أو يقول للمشتري بخيار رد المبيع وأنا أنقص لك من الثمن أو نحو ذلك.

---

1 -الزيادة من (أ) .

2 -الزيادة من (ب) .

3 -في (أ)"الحيس" والصحيح ما أثبته.

4 - سبق تخريجه صـــ٤٥٧ .

5 -الزيادة من (ب) .

6 -في متن الحديث "ولا يسوم" .

7 -سبق تخريجه آنفاً، و كذا أخرجه مسلم في صحيحه -كِتَاب النِّكَاحِ - بَاب تَحْرِيمِ الْجَمْعِ بين الْمَرْأَةِ وَعَمَّتِهَا أو خَالَتِهَا في النِّكَاحِ -رقم١٤٠٨ (ج٢/ص١٠٢٩).

8 - أخرجه البخاري في صحيحه -كِتَاب الشُّرُوطِ -بَاب الشُّرُوطِ في الطَّلَاقِ ... -رقم٢٥٧٧ (ج٢/ص٩٧١) .

9 -الزيادة من (ب) .

10 -في (ب)"أحدكم" .

11- أخرجه البخاري في صحيحه- كِتَاب الْبُيُوعِ -بَاب النَّهْيِ لِلْبَائِعِ أَنْ لَا يُحَفِّلَ الْإِبِلَ وَالْبَقَرَ وَالْغَنَمَ - رقم٢٠٤٣ (ج٢/ص٧٥٥) و مسلم في صحيحه –كتاب المساقاة-بَاب تَحْرِيمِ بَيْعِ الرَّجُلِ على بَيْعِ أَخِيهِ .....رقم١٤١٢(ج٣/ص١١٥٤).

12 - أخرجه مسلم في صحيحه -كِتَاب النِّكَاحِ -بَاب تَحْرِيمِ الْخِطْبَةِ على خِطْبَةِ أَخِيهِ حتى يَأْذَنَ أو يَتْرُكَ - رقم١٤١٢(ج٢/ص١٠٣٢).

13 - أخرجه النسائي في السنن الكبرى –كتاب البيوع -باب بيع الرجل على بيع أخيه رقم٦٠٩٥ . (ج٤/ص١٤) وصححه الألباني . ينظر (صحيح وضعيف سنن النسائي - (١٠ / ٧٦).

والكلام في صحة البيع المتأخر في هاتين المسألتين كالكلام في النجش، وإنما قدم المؤلف عليلم قوله: "بعد تراض" على قوله "والبيع على البيع" عكس [ما في] [١] الأزهار، لئلا يوهم أن اعتبار التراضي راجع إلى المسألتين وليس كذلك إذ البيع إنما يكون بيعاً بعد التراضي .

قوله عليلم: " **وسَلَمٌ أَوْ سَلَفٌ وَبَيْعٌ** "أي ويحرم أيضاً سلم وبيع وكذا سلف وبيع وإنما حذف المضاف [إليه] [٢] لأول لدلالة الثاني عليه.

أما صورة السلم والبيع، فهو أن يبيع المسلم فيه قبل قبضه ممن هو عليه أو من غيره.

وأما صورة السلف والبيع فهي أن يريد الشخص أن يشتري سلعة بأكثر من ثمنها لأجل النسا وعنده أن ذلك لا يجوز فيحتال بأن يستقرض الثمن من البائع ليعجله إليه حيلة، وكلتا الصورتين تحرم والعقد فيهما فاسد ذكر معناه في الغيث [٣].

والأصل في المنع[٤] منهما ما أخرجه أبو داود و[٥/] الترمذي والنسائي من حديث [ابن][٦] عمرو بن العاص قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله " لَا يَحِلُّ سَلَفٌ وَبَيْعٌ ولا شَرْطَانِ في بَيْعٍ ولا رِبْحُ ما لم تَضْمَنْ ولا بَيْعُ ما ليس عِنْدَكَ " [٧].

تنبيـــــهٌ: أما سلف وبيع فتقدم تفسيره كما في الغيث [٨].

وقال في البحر ما [٩/] لفظه: "وَهُوَ بَيْعُ الْمُسْلَمِ فِيهِ قَبْلَ قَبْضِه أَوْ مَسْأَلَةَ الْعَيِّنَةِ [وسيأتي][١٠] أَوْ [١١] الْكَالِئِ بِالْكَالِئِ أَوْ بِعْتُك كذَا[١٢] عَلَى أَنْ تُقْرِضَنِي كَذَا انتهى [١].

---

1 -الزيادة من (أ) .
2 -الزيادة من (ب) .
3 -العيث المدرار ج٣(خ) .
4 -في (أ)"المبيع" .
5 - نهاية ورقة ٢١٠ من (أ).
6 -الزيادة من (ب) .
7 - أخرجه أبو داود في سننه -كتاب الْإِجَارَةِ -بَاب في الرَّجُلِ يَبِيعُ ما ليس عِنْدَهُ -رقم٣٥٠٣ (ج٣/ص٢٨٣) و الترمذي في سننه -بَاب ما جاء في كَرَاهِيَةِ بَيْعِ ما ليس عِنْدَكَ -١٢٣٤ (ج٣/ص٥٣٤)و النسائي في السنن الكبرى -كتاب البيوع- بيع ما ليس عند البائع -رقم٦٢٠٤ -(ج٤/ص٣٩) .وحسنه الألباني في الإرواء (٥ / ١٤٨).
8 - الغيث المدرار ج٣(مخطوط) .
9 - نهاية ورقة ٢١٨ من (ب).
10 -زيادة من المخطوط.
11 -في (أ)"إذ".
12 -في البحر "هذا".

وأما شرطان في بيع، فقال زيد وح: هما بيع سلفة بكذا نقداً أو بكذا نسيئة [٢].

وقال ع: بلْ أَنْ لَا يَبِيعَ الْمُشْتَرِي السِّلْعَةَ وَلَا يَهَبَهَا وَقِيلَ: بَلْ شَرْط أَنْ يَبِيعَهُ المشتري بِالثَّمَنِ شَيْئًا آخَرَ [٣].

وأما ربح ما لم يضمن، فقيل: معناه ما لم يملك احتراز من الغصب فإنه لا يطيب ربحه عند أهل المذهب، وأراد ما لم يقبض فلا يطيب ربح المبيع قبل قبضه.

قال في البحر: وَفِي تَسْمِيَةِ الْمِلْكِ أو الْقَبْضِ ضَمَانًا تَجَوُّزٌ.

[قلت: وعلى التفسير الآخر أن المشتري إذا باع السلعة قبل أن يقبضها فهي في ضمان البائع الأول، وليست في ضمانه].[٤]

وقال م بالله: بَلْ يَطِيبُ رِبْحُ الْغَصْبِ لِقَوْلِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ:" الْخَرَاجُ بِالضَّمَانِ"[٥]، لَا الْمَسْرُوقُ إذْ لَا يَجْتَمِعُ قَطْعٌ وَضَمَانٌ كَحَدٍّ وَمَهْرٍ وقال الهادي [عليلم] [٦][بَلْ] [٧] يَمْلِكُ رِبْحَ الْغَصْبِ لِلْخَبَرِ [انتهى] [٨] [٩].

وأما بيع ما ليس عندك فتقدم معناه في خبر حكيم بن حزام [١٠].

قوله عليلم " **ورِبْحُ مَا اشْتَرَى بنحو غصب نقداً** "مثال ذلك: أن يغصب نقداً ثم يشتري به سلعة ثم يبيعها بربح، فإن البيع يصح لأن الدراهم والدنانير لا تتعين، لكن يحرم عليه الربح فيلزمه التصدق به، لأنه ملكه من وجه محظور، وأراد بنحو الغصب النقد ثمن السلعة المغصوبة.

مثاله: أن يغصب سلعة فيبيعها بنقد ثم يشتري به سلعة ثم يبيعها فيربح فيها فإنه يجب عليه التصدق بالربح إذ ملكه من وجه محظور، كما في الصورة الأولى، فأما حيث اشترى شيئاً بنفس السلعة المغصوبة أو ثمنها وهو غير نقد فإن البيع يكون باطلاً في هاتين الصورتين لأن السلعة تتعين فلا يملكها مشتريها ولا يملك بائعها ثمنها .

---

1 - البحر الزخار - (٨ / ٩) .
2 - النتف في الفتاوى - (١ / ٤٧٠).
3 - البحر الزخار - (٨ / ٩).
4 -ما بين المعقوفتين زيادة من المخطوط .
5 - أخرجه أبو داود في سننه - كتاب الْإِجَارَةِ -بَاب فيمن اشترى عبدا فاستعمله -رقم٣٥٠٨(ج٣/ص٢٨٤)وصححه الألباني في الإرواء (١٧٥/٥).
6 -الزيادة من(أ) .
7 - سقط من المخطوط .
8 -الزيادة من(ب) .
9 - البحر الزخار (٨ / ١٠) .
10 -سبق تخريجه ص ٤٥٥ .

وإنما عدل المؤلف [عليلم] [١]عن قوله في الأزهار" بِنَقْدٍ غُصِبَ أَوْ ثَمَنِهِ " [٢] لئلا يوهم عود الضمير في ثمنه إلى الغصب الذي هو النقد وذلك لا يستقيم، ولئلا يتوهم أن البيع يصح، ولو كان ثمن الغصب غير نقد إذ لم يقيده بكونه نقداً وذلك خلاف المراد .

قوله عليلم " **وبَيْعُ الشَّيْءِ بِأَكْثَرَ مِنْ سِعْرِ يَوْمِهِ لِلنَّسَاءِ خلاف م بالله** " فإنه يحرم عند [القاسم والهادي] [٣] و زين العابدين [٤] والناصر وص بالله وإن لم ينطق المتبايعان بذلك بل أضمراه .

واحتجوا على تحريم ذلك بأنه من قبل الربا، لأن الربا هو الزيادة، إذ هو مشتق من ربا يربوا إذا زاد، فتناولته أدلة تحريم الربا.

وذهب زيد بن علي وم بالله والفريقان إلى جواز ذلك، إذ هو بيع كلو كان بمعجل فتناوله عموم قوله تعالى(وَأَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ)"[٥].

قُلْنَا : الزِّيَادَةُ لِأَجْلِ النَّسَاءِ لَا لِأَجْلِ الْمَبِيعِ .

فأما بيع الشيء بأكثر من سعر يومه معجلاً فجائز إجماعاً وكذا بيع الجملة بِسِعْرِ التَّفَارِيقِ نساء فهو جائز أيضاً عند العترة لأن الجملة هي التفاريق [٦].

قيل: هذا إذا كان التفاوت قدر ما يتغابن الناس بمثله، وكذلك إذا كان لا يبيعه بمعجل إلا بذلك القدر، فإن ذلك يجوز ويصح اتفاقاً.

فـــــرعٌ: وعلى القول بالتحريم إذا باعه المشتري قبل قبضه كان موقوفاً على إجازة البيع[٧] الأول، فإن أجازه صح وكان الثمن له وإلا لم يصح اتفاقاً، وكذا لو باعه بعد قبضه عند الهادوية لأن فاسد الربا لا يملك بالقبض على الأصح، خلاف تخريج م بالله فقال: أنه يملكه، وإذا ربح فيه تصدق بربحه، فإن احتال المتبايعان في ذلك بأن يقرض البائع المشتري قدر الثمن ثم تعجله له لم يصح لما تقدم.

1 -الزيادة من(أ) .
2 - الأزهار - (١ / ٩٧).
3 -في(ب) "الهادي والقاسم" بدل ما بين المعقوفتين.
4 -هو علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب، الهاشمي القرشي، أبو الحسن، الملقب بزين العابدين: رابع الأئمة الاثني عشر عند الإمامية، وأحد من كان يضرب بهم المثل في الحلم والورع، أحصي بعد موته عدد من كان يقوتهم سرا، فكانوا نحو مئة بيت، توفي رحمه الله في سنة ٩٤ هـ(الأعلام للزركلي - (٤ / ٢٧٧)بتصرف .
5 - البقرة: ٢٧٥ .
6 - البحر الزخار - (٨ / ٢١٤) .
7 -في(ب)"البائع".

واختار المؤلف عليه السلام كلام م بالله، ومن وافقه في هذه المسألة لأن دليلهم أظهر والله أعلم.

قوله عليه السلام: " **وبِأَقَلَّ مِمَّا شُرِي به حيلة** " هذه تسمى مسألة العينة بكسر العين المهملة، وسميت بذلك لأنه يعود فيها إلى البائع عين المبيع والمذهب تحريمها وهو قول ح ومالك [1]، وقال ش: يجوز لعموم "**(وَأَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ)** "[2] [3].

والدليل على تحريمها حديث أم يونس [4] قالت جاءت أم ولد زيد بن أرقم إلى عائشة فقالت بعت من زيد بن حارثة بثماني مائة درهم إلى العطاء ثم اشتريتها منه قبل حلول الأجل بستمائة درهم وكنت شرطت عليه أنك إن بعتها فأنا أشتريها منك فقالت [لها] [5] عائشة بئس ما شريت وبئس ما اشتريت أبلغي زيد بن أرقم أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وآله إن لم يتب منه قالت فما نصنع قالت فتلت[عليه] [6]عائشة **(** فَمَن جَاءهُ مَوْعِظَةٌ مِّن رَّبِّهِ فَانتَهَىَ فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللّهِ وَمَنْ عَادَ فَأُوْلَـئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ**)**" [7] فلم ينكر أحد على عائشة والصحابة متوفرون هكذا في الجامع، ثم قال ذكره رزين ولم أجده[8].

وصورة المسألة: أن يطلب المستقرض اقتراض شيء، وأراد المقرض أن تحصل له.

فائـــــدة: بالقرض فيحتالان بأن يبيع المقرض منه سلعة بدراهم ثم يشتريها منه بأقل مما باعها به منه، ويسلم[9] له الثمن الأقل الآخر، ويبقى الثمن الأول الأكثر في ذمة المقترض ديناً، فهذا التحيل لا يجوز، لأنه يوصل إلى الربا، ولحديث أم يونس المتقدم لأن النبي صلى الله عليه وآله قد نهى عن سلف وبيع كما تقدم، وقد فسر بذلك، فمع قصد الحيلة لا يجوز

---

1 - قلت: الصحيح من مذهب الحنفية أن بيع العينة مكروه . ينظر (المبسوط (٦ / ٢٤١) والفتاوى الهندية (٣ / ٢٠٨)و بداية المجتهد - (٢ / ١١٥) .

2 - البقرة:٢٧٥ .

3 - لمذهب الشافعي قولان: الجواز والكراهة أصحها الأول. ينظر (الأشباه والنظائر (١ / ١٧٧)و روضة الطالبين(٣ / ٨٥).

4 - هي عالية بنت أيفع بن شراحيل امرأة أبي إسحاق السبيعي أم يونس بن أبي إسحاق حدثت عن عائشة رضي الله عنها روى عنها ابنها يونس بن أبي إسحاق السبيعي وأم عمرو الأموية . تكملة الإكمال (ج٤/ص٩١).

5 -الزيادة من(ب) .

6 -الزيادة من(أ) .

7 - البقرة: ٢٧٥.

8 -لم أعثر على الحديث في الجامع وإنما أصله في سنن البيهقي الكبرى -رقم١٠٥٨١- باب التشديد على من كذب في ثمن ما يبيع أو فيما طلب منه به(ج٥/ص٣٣١) ومصنف عبد الرزاق -باب الرجل يبيع السلعة ثم يريد اشتراءها بنقد- رقم١٤٨١٢(ج٨/ص١٨٥). وذكره صاحب مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح، علي بن سلطان محمد القاري- دار الكتب العلمية - لبنان/ بيروت - ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م، ط١/ تحقيق: جمال عيتاني (ج٦/ص٤٨) و إسناد الحديث فيه ضعف كما قال صاحب الدراية في تخريج أحاديث الهداية أحمد بن علي بن حجر العسقلاني أبو الفضل- دار المعرفة - بيروت، تحقيق: السيد عبد الله هاشم اليماني المدني (ج٢/ص١٥١).

9 -في(أ) "وسلم".

ذلك ولا يصح، وسواء كان البيع الثاني بجنس الثمن الأول أم بغيره من البائع أم من غيره، وأما إذا كان ذلك من دون قصد الحيلة فإن البيع يجوز، و يصح من البائع وغيره .

وإنما عدل المؤلف عن قوله في الأزهار" إلَّا مِنْ غَيْرِ الْبَائِعِ أَوْ مِنْهُ غَيْرَ حِيلَةٍ أَوْ بِغَيْرِ جِنْسِ الثَّمَنِ الْأَوَّلِ أَوْ بِقَدْرِ مَا انْتَقَصَ[١] مِنْ عَيْنِهِ أَوْ فَوَائِدِهِ الْأَصْلِيَّةِ "[٢] لأنه يوهم أن ذلك يصح بغير الجنس ومن غير البائع.

ولو مع قصد الحيلة وليس كذلك بل العبرة بقصد الحيلة وعدمه فأما حيث نقص المشتري للبائع من الثمن بقدر ما أستهلك[٣] من المبيع أو من فوائده الأصلية فلا إشكال في جواز ذلك، وظاهر عبارة التذكرة جواز البيع بغير جنس الثمن الأول ولو مع قصد الحيلة، وظاهر مذهب الهادوية خلافه [٤].

وأما البيع بدون الثمن الأول لا مع قصد الحيلة فظاهر اللمع عدم جواز ذلك [٥]، وهو ظاهر حديث أم يونس وقد حمل ذلك على ما إذا قصدت الحيلة لأن ذلك [٦/] مقتضى قياس الأصول والله أعلم.

فإن نقصت قيمة المبيع لا لنقصان[٧] من عينه ولا فوائده بل لرخصة.

فقال ع: لا يجوز أن يشتريها البائع بأقل من الثمن الأول لظاهر الخبر والظاهر الجواز لما تقدم.

فائـــدة: قال في التلخيص: ما لفظه "قوله وَلَيْسَ من الْمَنَاهِي بَيْعُ الْعَيْنَةِ يَعْنِي ليس ذلك عِنْدَنَا من الْمَنَاهِي وَإِلَّا فَقَدْ وَرَدَ النَّهْيُ عنها من طُرُقٍ عَقَدَ لها الْبَيْهَقِيّ [في سُنَنِهِ] [٨]بَابًا سَاقَ فيه ما وَرَدَ من ذلك بِعِلَلِهِ وَأَصَحُّ ما وَرَدَ في ذَمِّ بَيْعِ الْعِينَةِ ما رَوَاهُ أَحْمَدُ وَالطَّبَرَانِيُّ من طَرِيقِ أبي بَكْرِ بن عَيَّاشٍ[٩]

---

1 -في(ب) "ما نقص" والصحيح ما أثبته.
2 - الأزهار - (١ / ٩٧).
3 -في(ب) "ما أستهلكه".
4 -التذكرة الفاخرة (ص٥٤٠).
5 -اللمع في الفقه (خ) .
6 - نهاية ورقة ٢١١ من (أ) و ٢١٩ من (ب).
7 -في(أ) "ينقصان".
8 -الزيادة من(أ) .
9 - هو أبو بكر بن عياش بن سالم الكوفي الأسدي الحنّاط، في اسمه عدة أقوال: قيل اسمه كنيته، وقيل شعبة، وهو أشهرها، وقيل لا يعرف له اسم. شيخ الكوفة في القراءة والحديث مولده سنة سبع وتسعين في أيام سليمان بن عبد الملك، وتوفي سنة ثلاث وتسعين ومائة. الوافي بالوفيات - (٣ / ٤٠٩) و العبر في خبر من غبر - (١ / ٣١١).

عن الْأَعْمَشِ[1] عن عَطَاءٍ عن ابن عُمَرَ قال أتى عَلَيْنَا زَمَانٌ وما يَرَى أَحَدُنَا أَنَّهُ أَحَقُّ بالدينار وَالدِّرْهَمِ من أَخِيهِ الْمُسْلِمِ ثُمَّ أَصْبَحَ الدِّينَارُ وَالدِّرْهَمُ أَحَبَّ إلى أَحَدِنَا من أَخِيهِ الْمُسْلِمِ سَمِعْت رَسُولَ اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه [وآله] [2] يقول إذَا ظَنَّ الناس بِالدِّينَارِ وَالدِّرْهَمِ وَتَبَايَعُوا بِالْعِينَةِ وَتَبِعُوا أَذْنَابَ الْبَقَرِ وَتَرَكُوا الْجِهَادَ في سَبِيلِ اللَّهِ أَنْزَلَ اللَّهُ بِهِمْ ذُلًّا فلم يَرْفَعْهُ عَنْهُمْ حتى يُرَاجِعُوا دِينَهُمْ صَحَّحَهُ ابن الْقَطَّانِ بَعْدَ أَنْ أَخْرَجَهُ [من الزُّهْدِ لِأَحْمَدَ] [3] كَأَنَّهُ لم يَقِفْ على الْمُسْنَدِ وَلَهُ طَرِيقٌ أُخْرَى عِنْدَ أبي دَاوُد وَأَحْمَدَ أَيْضًا من طَرِيقِ عَطَاءٍ الْخُرَاسَانِيِّ[4] عن نَافِعٍ عن ابن عُمَرَ.

قُلْت: وَعِنْدِي أَنَّ إسْنَادَ الحديث الذي صَحَّحَهُ ابن الْقَطَّانِ مَعْلُولٌ لِأَنَّهُ لَا يَلْزَمُ من كَوْنِ رِجَالِهِ ثِقَاتٍ أَنْ يَكُونَ صَحِيحًا لِأَنَّ الْأَعْمَشَ مُدَلِّسٌ ولم يُنْكِرْ سَمَاعَهُ من عَطَاءٍ وَعَطَاءٌ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ هو عَطَاءٌ الْخُرَاسَانِيُّ فَيَكُونُ فيه تَدْلِيسُ التَّسْوِيَةِ بِإِسْقَاطِ نَافِعٍ بين عَطَاءٍ وَابْنِ عُمَرَ فَرَجَعَ الْحَدِيثُ إلى الْإِسْنَادِ الْأَوَّلِ وهو الْمَشْهُورُ" انتهى [5].

ولا يخلو عن تكلف، والقول بالتحريم أحوط والله أعلم.

فائـــــدة أخرى: قد ورد النهي عن أنواع من البيوع أخر لا بأس بإيرادها على جهة الإجمال لمزيد الفائدة.

نهى النبي صلى الله عليه وآله عن المنابذة، والملامسة، وبيع الحصاة، وعن المجر، والملاقيح [والمضامين] [6]، وحبل الحبلة وعن المحاقلة، والمخاصرة، والمزابنة، والمخابرة، وبيع السنين، [وعن بيعتين في بيعه] [7]، وعن الكالئ بالكالئ، وعن بيع العربان، وعن بيع الغرر، وعن بيع حاضر لباد .

فالمنابذة: أن ينبذ أحد المتبايعين سلعته إلى آخر، وينبذ إلى الآخر عوضها، ويكون بيعهما من دون نظر ولا تراض.

---

1 - هو سليمان بن مهران الاسدي بالولاء، أبو محمد، الملقب بالأعمش: تابعي، مشهور.أصله من بلاد الري، ومنشأه ووفاته في الكوفة سنة ١٤٨ هـ، كان عالما بالقرآن والحديث والفرائض، قال السخاوي: قيل: لم ير السلاطين والملوك والأغنياء في مجلس أحقر منهم في مجلس الأعمش مع شدة حاجته وفقره . الأعلام للزركلي - (٣ / ١٣٥) بتصرف.

2 -في التلخيص ""وسلم"" بدل "وآله".

3 -في(أ) " "ابن الزهو لأحمد" " بدل ما بين المعقوفتين و هو تصحيف والصحيح ما أثبته.

4 - هو عطاء بن أبي مسلم الخراساني أبو أيوب البلخي أحد الأعلام نزل الشام وروى عن الزهري وسعيد بن المسيب وخلق وروى عنه أبو حنيفة ومالك وشعبة وعدة وثقه بن معين وأبو حاتم والدا رقطني وقال ابن حبان كان رديء الحفظ كثير الوهم مات سنة خمس وثلاثين ومائة . إسعاف المبطأ / ط المكتبة التجارية - (١ / ٢١).

5 - التلخيص الحبير (ج٣/ص١٩) .

6 -سقط من(أ) .

7 -في(ب)" بتغيير في بيعه"بدل ما بين المعقوفتين.

والملامسة: أن يلمس الرجل سلعة صاحبه ويكون ذلك بيعهما كما مر.

وبيع الحصاة: أن يطرح المشتري الحصاة على السلعة فيجب البيع بذلك، وقيل أن يبيع منه إلى حيث تبلغ الحصاة من الأرض إذا رمى بها.

والْمَجَرِ: اشترى ما في بطن الناقة خاصة وقيل بيع الشيء بما في بطن الناقة [١].

والملاقيح: بيع ما يضر به العجل، والمضامين ما في بطون[٢] الإبل، وقيل العكس.

وحبل الحبلة بيع اللحم إلى أن تنتج الناقة، ثم ينتج الذي في بطنها.

والمحاقلة اشترى الزرع بالقمح وإكراء الأرض بالقمح.

والمخاضرة بيع الثمر قبل صلاحه، والمزابنة بيع التمر بالتمر كيلاً كما تقدم.

والمخابرة إكراء الأرض بنصيب من زرعها وبيع السنين بيع ثمر النخلة قبل ظهوره عاماً أو أكثر وتسمى المعاومة، وبيعتان في بيعة والكالئ بالكالئ تقدم تفسيرهما.

والعربان: أن يشتري الإنسان شيئاً أو يكتريه ويدفع شيئاً من ثمنه أو كراه ويقول للبائع أعطيك هذا على أني إن تممت على البيع أو إلا كتراء فهو من الثمن أو الكراء وإن تركت فهو لك مجاناً كما قد يفعله المتبايعون، ويقال فيه عربان وعربون وأزبان وأزبون بإبدال العين همزة.

وبيع الغرر: وهو ما يقع التردد في حصوله وقيل ما يخفى عاقبته، وقيل غير ذلك [٣].

وتركت [ذكر] [٤] أسانيد الأحاديث الواردة في هذه البيوع وألفاظ متونها وذكر رواتها ومخرجيها للاختصار.

وأما بيع الحاضر للبادي ففيه عن جابر قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: " لَا يَبِعْ حَاضِرٌ لِبَادٍ ودعوا الناس يَرْزُقُ الله بَعْضَهُمْ من بَعْضٍ " أخرجه مسلم وغيره [٥].

وعن أنس قال نهى رسول الله صلى الله عليه وآله "أن يبيع حاضر لباد وإن كان أخاه لأبيه وأمه" هذه رواية البخاري

---

1 - قال في البحر الزخار:" وبَيْعُ الْمَجَرِ هِيَ الْمَضَامِينُ وَقَدْ يُطْلَقُ عَلَى الْمُحَاقَلَةِ وَالْمُزَابَنَةِ"(ج٨ / ٩) .

2 -في(أ) "بطن " .

3 -كل ما تقدم ذكره وتفسيره ذكر في البحر الزخار - (٨ / ١١) وفي (بيان ابن مظفر ج٢/٥٤٤) .

4 -الزيادة من(أ) .

5 - أخرجه مسلم في صحيحه –كتاب المساقاة-بَاب تَحْرِيمِ بَيْعِ الْحَاضِرِ لِلْبَادِي -رقم١٥٢٢(ج٣/ص١١٥٧)و أبو داود في سننه -رقم٣٤٤٢ –كتاب الإجارة- بَاب في النهى أَنْ يَبِيعَ حَاضِرٌ لِبَادٍ - لَا يَبِعْ حَاضِرٌ لِبَادٍ وَذَرُوا الناس يَرْزُقُ الله بَعْضَهُمْ من بَعْضٍ (ج٣/ص٢٧٠).

ومسلم [١] وفيه روايات أخر، وفي معناه أحاديث أخر.

قال في شرح الإرشاد ما لفظه: "ولا مفهوم للبادي لخروجه مخرج الأغلب فالحاضر [٢] مثله [٣].

وللتحريم شروط:

الأول: العلم بالتحريم لأن[٤] من لم يبلغه النهي غير منهي.

الثاني : وهو من الزوائد أن تعم الحاجة إلى المجلوب فلو لم يحتج إليه إلا نادراً لم ينه عنه، جزم به في الروضة[٥]،

وعموم الحاجة ذكره البغوي [٦] تبعاً لشيخه القاضي حسين[٧] وتبعهما عليه الشيخان[٨] ولم يشترطه جماعة بل اكتفوا بالحاجة ويحتاج المقيد بالعموم إلى دليل كما نبه عليه السبكي[٩].

الثالث: أن يريد الجالب تعجيل البيع فيصده فلو قال له الجالب ابتداء أتبيعه لي على التدريج أو قصد الإقامة لتبيعه كذلك فسأله لم يعوضه إليه أو أن تبيعه له[١٠] على الفور لم يحرم[١١]، ولو استشاره فهل يمتنع إرشاده إلى الادخار إذا كان أحظ، أو يجب؟

وجهان: بلا ترجيح في الروضة[١٢] وأصلها.

---

1 - أخرجه البخاري في صحيحه –كتاب البيوع-بَاب هل يَبِيعُ حَاضِرٌ لِبَادٍ بِغَيْرِ أَجْرٍ وَهَلْ يُعِينُهُ أو يَنْصَحُهُ وقال النبي r إذا اسْتَنْصَحَ أحدكم أَخَاهُ فَلْيَنْصَحْ له وَرَخَّصَ فيه عَطَاءٌ -رقم٢٠٤٩ (ج٢/ص٧٥٧). و مسلم في صحيحه –كتاب المساقاة - بَاب تَحْرِيمِ بَيْعِ الْحَاضِرِ لِلْبَادِي ، واللفظ له رقم١٥٢٣ (ج٣/ص١١٥٨).

2 -في(ب) "والحاضر " .

3 -شرح الإرشاد (٢٩٩/١).

4 -في(أ) "لا من ".

5 - روضة الطالبين- (٣ / ٧٩) .

6 - في كتابه شرح السنة - المكتب الإسلامي - دمشق ـ بيروت ـ ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م –ط ٢ تحقيق : شعيب الأرناؤوط - محمد زهير الشاويش. (٨ / ١٢٤). والبغوي هو الحسين بن مسعود الفراء الشيخ أبو محمد البغوي، صاحب التهذيب الملقب محي السنة ، من مصنفاته شرح السنة والمصابيح والتفسير المسمى معالم التنزيل وله فتاوى مشهورة لنفسه غير فتاوى القاضي الحسين التي علقها هو عنه ، كان إماما جليلا ورعا زاهد فقيها محدثا مفسرا جامعا بين العلم والعمل سالكا سبيل السلف له في الفقه اليد الباسطة ، تفقه على القاضي الحسين وهو أخص تلامذته به. طبقات الشافعية الكبرى ـ (٧ / ٧٥).

7 - هو الإمام الجليل الحسين بن محمد بن أحمد أبو علي القاضي المروروذي من كبار فقهاء الشافعية، له (التعليقة) المشهورة في الفقه، وصفه الجويني إمام الحرم بحبر المذهب أي المذهب الشافعي، توفي ليلة ٢٣ من المحرم سنة ٤٦٢هـ. طبقات الشافعية الكبرى - (٤ / ٣٥٦) .

8 -هما أبو حامد الاسفراينى وأبو محمد الجويني. وقد سبقت ترجمتهما. ينظر(المجموع(١ / ١٤٠).

9 -سبقت ترجمته .

10 -في(ب) "إليه " .

11 -في(ب) "لم يجز " .

12 - روضة الطالبين- (٣ / ٧٩) .

وعلى الأول قال الأذرعي: كان المراد أنه يسكت إلا أنه يخبر بخلاف النصيحة كاذباً ثم قال فائـــدة الشراء للبادي، وهو أن يقول الحاضر للغريب القاصد للشراء أصبر حتى أشتري لك بالرخص [١].

قال ابن يونس[٢] في شرح الوجيز هو حرام انتهى[٣].

وأيّد بقوله صلى الله عليه وآله في رواية مسلم السابقة" دعو الناس يرزق الله بعضهم من بعض"[٤] انتهى .

وهذا النوع من البيع ينعقد مع الإثم، والأنواع التي قبله يختلف حكمها وأكثرها لا يصح والله أعلم.

مسألة: ولا يجوز ولا يصح بيع الرجا، إذ هو حيلة في تحليل الربا ومن جملته ما اعتاده أهل الزمان من بيع الشيء بدون قيمته ثم يقول المشتري للبائع متى رددت علي مثل الثمن في مدة كذا فقد فسخت عليك البيع فهذا لا يصح، ولا يملكه المشتري، ولو مضت المدة من دون رد الثمن على الصحيح [٥/] ولا يحل للمشتري الانتفاع بالمبيع ولا شيء من غلاته وثماره، لأنه ربا، ولو نذر عليه بها البائع، أو نحو ذلك لأن المضمر في باب الربا كالمظهر عند الهادوية وهو الصحيح[٦] .

---

1 -في كتابه (التوسط والفتح بين الروضة والشرح للإمام شهاب الدين أبي العباس الأذرعي المولود بأذرعات سنة ٨٠٧ المتوفى في خامس عشر جمادى الآخرة سنة ٧٨٣(مخطوط).

2 - هو محمد بن يونس العلامة عماد الدين أبو حامد بن يونس الإربلي الموصلي ولد سنة خمس وثلاثين وخمسمائة ، قال ابن خلكان كان إمام وقته في المذهب والأصول والخلاف، جمع بين المهذب والوسيط سماه المحيط وشرح الوجيز في جزأين وله الفتاوى جزء وصنف جدلا وعقيدة وغير ذلك، غير أنه لم يرزق سعادة في تصانيفه فإنها ليست على قدر فضله توفي في جمادى الآخرة سنة ثمان وستمائة بالموصل . طبقات الشافعية ــ لابن قاضى شهبة - (٢ / ٦٧) .

3 شرح الوجيز - لابن يونس (مخطوط) نقلاً عن مغني المحتاج - (٢ / ٣٦).

4 - تقدم تخريجه صــ .

5 - نهاية ورقة ٢٢٠ من (ب).

6 - شرح الأزهار - (٣ / ٤٣٩) وبيان ابن مظفر (ج٢/٥٤٦) .

بَـــابُ الْخِيَارِ

هو لأحد عشر نوعاً يعني [أن] [١]أسباب الخيار التي تثبت في البيع لأجلها أحد عشر سبباً، وإنما داخلها المؤلف عليلم من دون أن يسقط شيئاً من الثلاثة عشر التي في الأزهار[٢].

وإنما عدل المؤلف [عليلم] [٣]عن لفظ الجمع[٤] إلى الإفراد حيث قال:" باب الخيار لأن الخيار جنس واحد، لكن أسبابه ثلاثة عشر[٥/] نوعاً".

قوله عليلم " **لعذر**[٦] **عن تَسْلِيمِ الْمَبِيعِ**" هذا أول أسباب الخيار المذكورة، وذلك نحو أن يكون المبيع عبداً آبقاً، أو مغصوباً، أو مسروقاً، أو مرهوناً، أو مؤجراً، فإن الخيار يثبت فيه لذلك العذر المانع عن[٧] التسليم في الحال، وإنما عدل عن قوله في الأزهار "لتعذر تسليم المبيع"[٨] لأن التعذر يوهم امتناع التسليم عادة كالطير في الهواء، وليس ذلك بمراد بل التسليم هنا ممكن لكن عرض ما منع منه في الحال، وهو الإباق في الرق، وحق المستأجر والمرتهن ولذلك صح معه البيع ويثبت الخيار بخلاف بيع الطير في الهوى ونحوه فإنه لا يصح إذ هو غرر .

قوله عليلم "**وهُوَ لَهُمَا فِي مَجْهُولِ أَمَدٍ ولمُشْتَرِ الْجَاهِلِ فِي مَعْلُومِهِ** " أي يثبت الخيار المذكور للبيعين كليهما[٩] فيما كان وقت رجوعه غير معلوم كالآبق والمغصوب، والمسروق، والمرهون رهناً مطلقاً والمحجور حجراً مطلقاً، وسواء علم المشتري بذلك أم جهل ومتى زال ذلك العذر بطل خيارها، وإنما ثبت الخيار هنا للبائع لأنه تعذر عليه شرعاً قبض الثمن إذ ليس قبضه إلا بتسليم المبيع على المذهب كما مر.

قيل ف: ومن رضي منهما قبل الإمكان لم يبطل خياره ما دام التعذر [١٠].

---

1 - الزيادة من (أ).
2 -الأزهار (١ / ٩٧).
3 - الزيادة من (أ).
4 -حيث قال المؤلف في الأزهار (١ / ٩٧) "بَابُ الْخِيَارَاتِ." .
5 - نهاية ورقة ٢١٢ من (أ).
6 - في (ب)"تعذر".
7- في (ب)"من".
8- الأزهار - (١ / ٩٧).
9 - في (ب)"كلاهما".
10 -بيان ابن مظفر (ج٢/٦٦١) .

وأما ما كان وقت زوال العذر المانع من تسليمه معلوماً كالعبد المؤجر والمرهون المؤقت والمحجور، كذلك فتثبت فيه الخيار للمشتري وحده لأن ذلك عيب فيكون له أن يفسخ إن جهل العذر لا أن علمه، ولا خيار للبائع كما تقدم، وهو اختيار م بالله.

وخرج للهادي أنه يكون باطلاً إذ هو كبيع المعدوم، ووافقه ض زيد فيما كانت مدة امتناع تسليمه غير معلومة.

وأطلق الهادي [عليلم] في الآبق والمغصوب، أن البيع باطل، وحمله (ط وض زيد) على ثبوت الخيار مع [العلم والجهل] [١] ،فإن رجع قبل الفسخ انبرم البيع [٢]، وعن ح لا يصح بيع ممتنع التسليم في الحال مطلقاً.

قلنا: صدر من أهله وصادف محله فيصح.

قوله عليلم "**والفَقْد صِفَة ذكرت** "هذا هو الثاني من أسباب الخيار وذلك نحو أن يشتري بقرة على أنها لبون فوجدها لا لبن فيها، أو أمة على أنها حبشية فوجدها زنجية، أو نحو ذلك.

قيل: وكذا حيث شراء دابة على أنها حامل فوجدها حائلاً، أو صبرة على أنه عشرة أمداد فوجدها دونها .

وقيل: ليس هو[٣] من خيار فقد صفة[٤] فيهما إذ هو نقصان عين، وأجيب بأن الجهل غير مستقل، والصبرة لا تنضبط بغير الكيل فأطلق على ذلك الصفة.

ووجه ثبوت هذا الخيار أنه لا خلاف[٥] في صحة اشتراط ما يقتضيه العقد، أو يكون من مصالحه كما تقدم فصح اشتراط صفة الفصل قياساً ذكر معنى ذلك في البحر[٦].

وإنما عدل المؤلف عليلم عن قوله في الأزهار" مَشْرُوطَةً "[٧] إلى قوله "ذكرت" بناء منه على أن مجرد ذكر الصفة حال العقد كاف وإن لم يكن على جهة الشرط، وكذا ذكرها قبل العقد حيث جرى العرف بأن ذكرها قبله [كذلك] [٨] كذكرها حاله وهو متجه .

---

1 - **في (ب)" الجهل والعلم "بدل مابين المعقوفتين.**
2 - **الغيث المدرار ج٣(خ)** .
3 - **في (ب)"ذلك".**
4 - **في (ب)"الصفة".**
5 - **في (ب)"لا ختلاف".**
6 - **البحر الزخار - (٨ / ٢٩١) .**
7 - **الأزهار - (١ / ٩٧).**
8 - **الزيادة من (أ).**

قوله عليلم: "**ولنحو غَرَرٍ في مُصَرَّاةٍ وصُبْرَةٍ عَلِمَها البيع ومُرَابَحَةٍ وتَوْلِيَةٍ** "هذا هو السبب الثالث وله أربع صور:

أولاها: مسألة المصراة، فمن اشترى شاة أو نحوها قد صراها البائع حتى اجتمع لبنها فينقص لبنها في ثلاثة أيام لا لسبب عارض فإن الخيار يثبت فيها للمشتري لأجل الغرر، وإن لم يشرط له البائع عدم التصرية عند الأكثر وهو المذهب.

وقيل: إنما يثبت له الخيار إذا شرط كونها ليست مصراة، وقال محمد: لا خيار إذ التصرية ليست عيباً.

قلنا: بل عيب بالنظر إلى اعتقاد كونها غير مصراة.

[و] [1] قال ح: لا رد بل يرجع بأرش النقص كخيار العيب إذ قد تلف جزء من المبيع وهو اللبن [2].

قلنا: هو القياس لولا الأخبار كما أخرجه الستة من رواية أبي هُرَيْرَةَ قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله لَا تُصَرُّوا [3]الْإِبِلَ وَالْغَنَمَ فَمَنْ ابْتَاعَهَا فهو بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ بَعْدَ أَنْ يحلبها إن شَاءَ أَمْسَكَ وَإِنْ شَاءَ رَدَّهَا وَصَاعَا من تَمْرٍ "[4].

وفي رواية "فَهُوَ بِالْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ " إلى آخره [5]، وفي أخرى "ورد معها صَاعًا من طَعَامٍ لَا سَمْرَاءَ[6] " [7].

وعن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وآله قال: "من ابْتَاعَ مُحَفَّلَةً فَهُوَ بِالْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ فَإِنْ رَدَّهَا رَدَّ مَعَهَا مِثْلَ[8] أو مِثْلَيْ لَبَنِهَا قَمْحًا "

---

1 - **الزيادة من (أ).**

2 - **البحر الزخار - (٨ / ٢٨٢).**

3 - **أَصْلُ التَّصْرِيَةِ حَبْسُ الْمَاءِ يُقَالُ منه صَرَّيْتُ الْمَاءَ إذا حَبَسْتَهُ ، وَالْمُصَرَّاةُ التي صُرِّيَ لَبَنُهَا وَحُقِنَ فيه وَجُمِعَ فلم يُحْلَبْ أَيَّامًا . صحيح البخاري (ج٢/ص٧٥٥)بتصرف .**

4 - **أخرجه البخاري في صحيحه- كِتَاب الْبُيُوعِ -بَاب النَّهْيِ لِلْبَائِعِ أَنْ لَا يُحَفِّلَ الْإِبِلَ وَالْبَقَرَ وَالْغَنَمَ ...- رقم٢٠٤١ (ج٢/ص٧٥٥). ومسلم في صحيحه- كِتَاب الْبُيُوعِ - بَاب تَحْرِيمِ بَيْعِ الرَّجُلِ على بَيْعِ أَخِيهِ وَسَوْمِهِ على سَوْمِهِ وَتَحْرِيمِ النَّجْشِ وَتَحْرِيمِ التَّصْرِيَةِ -رقم١٥١٥ (ج٣/ص١١٥٥).و أبو داود في سننه -بَاب من اشْتَرَى مُصَرَّاةً فَكَرِهَهَا -رقم٣٤٤٣ (ج٣/ص٢٧٠) و الترمذي في سننه -بَاب ما جاء في الْمُصَرَّاةِ -رقم١٢٥١ (ج٣/ص٥٥٣). و النسائي في السنن الكبرى - باب الخديعة في البيع -رقم٦٠٧٩ (ج٤/ص١١).و ابن ماجه في سننه - بَاب بَيْعِ الْمُصَرَّاةِ -رقم٢٢٣٩ (ج٢/ص٧٥٣).**

5 -**أخرجه مسلم في صحيحه - كِتَاب الْبُيُوعِ -بَاب حُكْمِ بَيْعِ الْمُصَرَّاةِ -رقم١٥٢٤ (ج٣/ص١١٥٨).وأبو داود في سننه -بَاب من اشْتَرَى مُصَرَّاةً فَكَرِهَهَا -رقم٣٤٤٣ (ج٣/ص٢٧٠).**

6 - **يَعْنِي الْحِنْطَةَ.(سنن ابن ماجه ج٢/ص٧٥٣).**

7 - **أخرجه مسلم في صحيحه - كِتَاب الْبُيُوعِ -بَاب حُكْمِ بَيْعِ الْمُصَرَّاةِ -رقم١٥٢٤ (ج٣/ص١١٥٨). وأبو داود في سننه (ج٣/ص٢٧٠)-بَاب من اشْتَرَى مُصَرَّاةً فَكَرِهَهَا -رقم٣٤٤٣ .**

8 - **في (أ)"مثله "والصحيح ما أثبته.**

أخرجه أبو داود [١].

قال داود الظاهري: يثبت الخيار في الناقة والشاة [إذ] [٢] الخيار فيهما لا في البقرة .

قلنا : وهي مقيسة [٣].

فـــــرع: قال الإمام ح: ولا تفسخ المصراة إلا بعد ثلاثة[٤] إذ لا تعرف التصرية بدونها لظاهر الأخبار، وقيل له الفسخ متى انكشفت التصرية.

قال المهدي عليلم: وهو الأقرب [٥].

فـــــرع: وإذا اجتمع اللبن في الضرع من دون قصد التصرية فله الفسخ قياساً، وقيل: لا إذ التصرية لا تكون إلا بقصدها [٦].

فـــــرعٌ: فإن اشتراها عالماً بالتصرية فلا [/٧] فلا خيار له على الأصح كالعيب [٨].

فـــــرع: وإذا ردها رد لبنها إن كان باقياً، وإن[٩] كان قد تلف فمثله فإن تعذر في البلد فقيمته يوم الرد في مكان الاختيار على المذهب [١٠].

وقال ش وك: بل يرد معها صاعاً من تمر لظاهر الخبر [١١].

قلنا: وروي "من طعام لَا سَمْرَاءَ"[١٢] وروي " مِثْلَ أو مِثْلَيْ لَبَنِهَا قَمْحًا "[١٣]، فدل ذلك على أن القصد الخبر أن من غير تعيين، ويحمل ذلك على أنه عند تعذر المثل، أو على جهة التراضي جمعاً بين الأخبار [١٤].

فـــــرعٌ: لهم ولا يقوم غير التمر مقامه إلا بالتراضي لظاهر الخبر.

---

1 -أخرجه أبو داود في سننه- كتاب الْإِجَارَةِ - بَاب من اشْتَرَى مُصَرَّاةً فَكَرِهَهَا-رقم٣٤٤٦ (ج٣/ص٢٧١) وهو كذا في صحيح البخاري - كِتَاب الْبُيُوعِ -بَاب النَّهْيِ لِلْبَائِعِ أَنْ لَا يُحَفِّلَ الْإِبِلَ وَالْبَقَرَ وَالْغَنَمَ .... -رقم٢٠٤٢ (ج٢/ص٧٥٥).

2 - سقط من(ب).

3 -البحر الزخار - (٨ / ٢٨٢) .

4 - في (ب)" ثلاث ".

5 - البحر الزخار - (٨ / ٢٨٣) .

6 - البحر الزخار - (٨ / ٢٨٤) .

7 - نهاية ورقة ١٢١ من (ب).

8 - البحر الزخار - (٨ / ٢٨٤) .

9 - في (ب)" فإن ".

10 - البحر الزخار - (٨ / ٢٨٤).

11 - المدونة - (١٠ / ٤٤) والمجموع - (١١ / ١٥١).

12 - سبق تخريجه آنفاً .

13 - أخرجه أبو داود في سننه - كتاب الْإِجَارَةِ - بَاب من اشْتَرَى مُصَرَّاةً فَكَرِهَهَا-رقم٣٤٤٦ (ج٣/ص٢٧١). والحديث ضعيف كما قال الألباني في صحيح وضعيف الجامع الصغير - (٢٥ / ٩٧) .

14 - البحر الزخار - (٨ / ٢٨٤) .

قالوا: وحديث أبي داود ضعيف الإسناد، ويرد الصاع سواء قل اللبن أم أكثر حتى لو اشترى مصراة بصاع من تمر ردها وصاعاً من تمر، ويسترد الصاع التمر، وإذا تعددت الشياة المصراة فإن تعددت الصفقة تعدد الصاع بتعدد الشياة المصراة، وإن اتحدت الصفقة فلا تصريح لهم بتعدد الصاع [1].

قالوا: وليس للبائع إجبار المشتري[على رد اللبن لاختلاط الموجود عند العقد بالحادث في ملك المشتري] [2] ولا للمشتري رده على البائع قهراً لذهاب طراوته [3].

فــــرعٌ: وإذا أنكر البائع نقصان اللبن فالبينة على المشتري وإن ادعى أن نقصانه لعدم العلف أو نحوه بين البائع على الأصح إن قد صادف على النقص.

فــــرع[/4]: وإذا رد المصراة بعيب غير التصرية رد لبن التصرية إذ هو من جملة المبيع لا الحادث بعده إذ هو نماء ملكه .

فــــرع: وتصرية الأمة والأتان كغيرهما في الأصح [إذ هو قد] [5] يطلب للرضاع.

وفي وجوب رد بدل لبنهما[6] وجهان: الأصح لا تجب إذ لا قيمة له [7].

[الصورة][8] الثانية: مسألة الصبرة فمن اشترى صبرة علم قدرها البائع دونه ثبت الخيار للمشتري، ذكره أبو طالب وجعلوه من خيار الغرر [9].

قيل: وإنما ثبت له الخيار حيث لا يكون عالماً بعلم البائع بذلك، وأما حيث العالم المشتري دون البائع فذكروا أنه لا خيار لأيهما.

وظاهر كلام الهادي [عليلم] [10] أن البيع يكون باطلاً إذا علم أحدهما قدرها دون الآخر، لكن تأوله (ط) بما تقدم وهو قول ح وش [11].

---

1 -المدونة - (١٠ / ٤٥).
2 - ما بين المعقوفتين في (ب)سقطت من المتن واستدركت في الحاشية .
3 - روضة الطالبين- (٣ / ٤٦٧)و الحاوي الكبير ــ الماوردي - (٥ / ٥١٦).
4 - نهاية ورقة ٢١٣ من (أ).
5 - في (أ)" إذ قده "بدل مابين المعقوفتين.
6 - في (ب)" لبنها".
7 - البحر الزخار - (٨ / ٢٨٦) .
8 - في (ب)" والمسألة " بدل ما بين المعقوفتين.
9 - البحر الزخار - (٨ / ٢٨٦) .
10 - الزيادة من (أ).
11 - المبسوط - (٦ / ٢٠٤)و المجموع - (١٢ / ١٠٣).

وأما صورة المرابحة والتولية[1] إذا وقعت الخيانة فيهما من البائع فإنه يثبت الخيار فيهما للمشتري نحو أن يقول البائع رأس مالي كذا وهو أقل وسيأتي الكلام في ذلك إن شاء الله تعالى.

وأراد المؤلف "بنحو الغرر" في هذه الصورة[2] غرر المشتري للبائع بذكر حقارة المبيع أو رخص سعره، أو نحو ذلك، فإنه يثبت الخيار للبائع حيث كان جاهلاً لذلك، وقد ذكر معناه المهدي عليلم قياساً على الإبراء مع التدليس بالفقر، وحقارة الحق، واختار المؤلف عليلم ثبوت الخيار للمغرور في كل غرر حصل من البائع أو المشتري .

قوله عليلم: " **ولِجَهْلِ قدر ثَمَنٍ أَوْ مَبِيعٍ** " هذان هما السببان الرابع والخامس من أسباب الخيار، فمثال معرفة قدر الثمن أن يقول البائع بعت منك هذه الصبرة على ما قد بعت من غيرك، وقد باع بسعر واحد، لكن لم يعلم المشتري كميته ونحو أن يشتري صبرة من مكيل أو موزون [و] [3]كل كذا بكذا، ولم يعلم قدر الصبرة في الحال فإنه يثبت له الخيار إذا كالها أو وزنها وعرف مقدار ثمنها ووجه ذلك كون الثمن مجهولاً في الابتداء.

ومثال معرفة مقدار المبيع أن يقول بعت منك بمائة درهم من هذه الصبرة على ما قد بعت من [غيرك] [4]وقد باع بسعر واحد فهاهنا المبيع غير معلوم القدر للمشتري[5] فيثبت له الخيار إذا علمه فإن لم يكن قد باع منها شيئاً، أو باع بأسعار مختلفة ولم يعين أحدهما أو قال [على] [6] ما أبيع في المستقبل فيفسد العقد للجهالة، وهكذا في خيار معرفة مقدار الثمن المذكور أولاً ودليل هذا الخيار القياس على خيار العيب ذكره في البحر[7] .

قوله عليلم: "**ولتَعْيِينِه** "أي تعيين المبيع وهذا سادس الأسباب المذكورة، ومثاله أن يشتري ثوباً من ثياب يختاره في مدة معلومة، فإن البيع يصح ويثبت له خيار تعيين المبيع، فإن امتنع من تعيينه بعد مضي المدة أجبر على ذلك، فإن لم يفعل حبسه الحاكم فإن مات كلف وارثة التعيين، لأن هذا الخيار مما يورث كما سيأتي، وإن لم يذكر مدة معلومة فسد العقد للجهالة.

---

1 - التولية: مصدر ولى، وهي شرعا بيع الشيء بثمنه الأول . القاموس الفقهي - (١ / ٣٨٨).
2 - في (ب)" الصور ".
3 - الزيادة من(أ).
4 - سقط من(ب).
5 - في (ب)" للبائع".
6 - الزيادة من (أ).
7 - البحر الزخار- (٨ / ١٥٦) .

وقال ش: يفسد العقد مطلقاً سواء ذكر لذلك مدة معلومة أم لا يذكر واختاره الأزرقي للمذهب [1].

وإنما حذف المؤلف [عليلم] [2] قوله في الأزهار "وَيُكَلَّفُ التَّعْيِينَ بَعْدَ الْمُدَّةِ"[3] لأن ذلك قد فهم مما تقدم في أول باب البيع.

وقد ذكر في الغيث لتعيين المبيع صورة أخرى، وهو أن يشتري[4] ثياباً كل ثوب منها بكذا على أن يأخذ منها ما شاء [ويرد ما شاء] [5] في مدة معلومة [6].

والتحقيق أن هذه الصورة ليست من صور تعيين المبيع إذ المبيع متعين وهو جملة الثياب، وإنما هي من باب خيار الشرط في بعض المبيع، ولذلك لا يكون له بعد مضي المدة أن يختار ما شاء [ويرد ما شاء] [7] بل يلزمه الجميع بخلاف ما إذا كان المبيع واحداً لا بعينه كما تقدم .

هذا حاصل ما نقل عن المؤلف عليلم .

قوله عليه السلام: " **ولِغَبْنِ نحو نائب فَاحِشًا** "هذا سابع أسباب الخيار في المبيع والنائب عن الغير هو العبد المأذون والوكيل والشريك [والوصي] [8] والأب والجد والإمام والحاكم ومنصوبهما، فإذا غبن أحدهم غبناً فاحشاً في بيع أو شراء ثبت بذلك خيار المعاينة والغبن الفاحش ما زاد على نصف عشر القيمة .

وقيل: ما خرج عن تقويم المقومين .

قال في البحر: وَهُوَ الْقَوِيُّ ، إذْ لَا دَلِيلَ عَلَى تَعْيِينِ الْقَدْرِ انتهى [9].

قيل: وإذا اختلف المقومون أخذ بالوسط من الثلاثة وبالأقل من الاثنين إذ هو المتيقن، وبالأقل من المتوسطين في الأربعة، وأراد بنحو النائب الصبي المميز إذا باع عن نفسه أو اشترى لها بإذن وليه وغبن فاحشاً، فإنه ثبت له الخيار [10].

---

1 - البحر الزخار (٨ / ٢٢٩) و (٨ / ٢٩٦) .
2 - الزيادة من (أ).
3 - الأزهار - (١ / ٩٧).
4 - في (أ)" المشتري "وهو تحريف ويظهر أن القصد" أن يشتري المشتري".
5 - الزيادة من (أ).
6 - الغيث المدرار ج٣(خ) .
7 - الزيادة من (ب).
8 - الزيادة من (أ).
9 - البحر الزخار - (٨ / ٢٩٤) .
10 - شرح الأزهار - (٣ / ٩٠) .

وقال ح: إنما ثبت خيار المغابنة في الشراء لا في البيع إذ هو إزالة ملك فلا يتحقق الغبن فيه، وَمِنْ ثَمَّةَ قِيلَ : الْبَيْعُ مُرْتَخِصٌ وَغَالٍ .[١/] قلنا: يقاس على الشراء، إذ لم يفصل الدليل، ذكر معنى ذلك في البحر[٢]، واستدل على ثبوت خيار المغابنة بخبر حبان بفتح الحاء المهملة، ثم باء موحدة.

ابن منقذ بضم الميم وسكون النون، ثم قاف مكسورة وآخره ذال معجمة.

ولفظه فيما أخرجه البخاري ومسلم من حديث ابن عمر أَنَّ رَجُلًا ذَكَرَ لرسول الله صلى الله عليه وآله أَنَّهُ يُخْدَعُ في الْبُيُوعِ فقال النبي صلى الله عليه وآله إذا بَايَعْتَ فَقُلْ لَا خِلَابَةَ "[٣] و[٤] في رواية للبخاري[٥] فكان إذا بايع قال لا خلابة"[٦].

وعن أنس أَنَّ رَجُلًا كان يبتاع على عَهْدِ رسول اللَّهِ صلى الله عليه وآله وفي عُقْدَتِهِ ضَعْفٌ فَأَتَى أَهْلُهُ رسول الله صلى الله عليه وآله فقالوا يا رسول الله احْجُرْ على فُلَانٍ فإنه يَبْتَاعُ وفي عُقْدَتِهِ ضَعْفٌ فَنَهَاهُ فقال الرجل إني لَا أَصْبِرُ عن الْبَيْعِ فقال إن كُنْتَ غير تَارِكٍ الْبَيْعَ فَقُلْ هَاءَ وَهَاءَ [ولا خِلَابَةَ][٧] أخرجه أبو داود والترمذي وكذا النسائي إلا قوله" هَاءَ وَهَاءَ "انتهى[٨].

والرجل [هو] [٩] حبان المذكور، وقيل: بل والده منقذ المذكور والله أعلم [١٠].

تنبيـــــه: هذا الخبر استدل به الشافعية على ثبوت خيار الشرط

---

1 - نهاية ورقة ٢٢٢ من (ب).

2 - البحر الزخار - (٨ / ٢٩٢).

3 -أخرجه البخاري في صحيحه –كتاب البيوع-بَاب ما يُكْرَهُ من الْخِدَاعِ في الْبَيْعِ –رقم ٢٠١١ (ج٢/ص٧٤٥)و مسلم في صحيحه- بَاب الصِّدْقِ في الْبَيْعِ وَالْبَيَانِ -رقم١٥٣٣ (ج٣/ص١١٦٥).

4 - في (ب)" زاد".

5 -في رواية البخاري" فكان يقوله " فأصل الرواية هي في مسلم ولم أعثر عليها في البخاري، ولفظها كما في مسلم "فَكَانَ إذا بَايَعَ يقول لَا خِيَابَةَ " ينظر " صحيح مسلم–كتاب البيوع - بَاب الصِّدْقِ في الْبَيْعِ وَالْبَيَانِ -رقم١٥٣٣(ج٣/ص١١٦٥).

6 - الصحيح " لا خيابة" .

7 - سقط من المخطوط .

8 - أخرجه أبو داود في سننه -كتاب الْإِجَارَةِ - بَاب في الرَّجُلِ يقول في الْبَيْعِ لَا خِلَابَةَ -رقم٣٥٠١ (ج٣/ص٢٨٢) والترمذي في سننه -كتَاب الْبُيُوعِ -بَاب ما جاء فِيمَنْ يُخْدَعُ في الْبَيْعِ -رقم١٢٥٠ قال أبو عِيسَى وفي الْبَاب عن بن عُمَرَ وَحَدِيثُ أَنَسٍ حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ غَرِيبٌ وَالْعَمَلُ على هذا الحديث عِنْدَ بَعْضِ أَهْلِ الْعِلْمِ وَقَالُوا الْحَجْرُ على الرَّجُلِ الْحُرِّ في الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ إذا كان ضَعِيفَ الْعَقْلِ وهو قَوْلُ أَحْمَدَ وإسحاق ولم يَرَ بَعْضُهُمْ أَنْ يُحْجَرَ على الْحُرِّ الْبَالِغِ (ج٣/ص٥٥٢).و النسائي في السنن الكبرى -كتاب البيوع - الخديعة في البيع -رقم٦٠٧٦ (ج٤/ص١٠). والحديث صحيح كما قال الألباني في صحيح وضعيف سنن الترمذي - (٣ / ٢٥٠) .

9 - سقط من (ب).

10 - ترجم له سابقاً .

[و] [1] أنه لا يصح أكثر من ثلاثة أيام[2] [لرواية] [3] أخرجها الحميدي[4] في مسنده" زاد فيها ثم أنت بالخيار ثلاثة" [أيام] [5] [6] .

وفي رواية أخرجها ابن ماجة والبخاري في تاريخه " ثُمَّ أنت في كل سِلْعَةٍ ابْتَعْتَهَا بِالْخِيَارِ ثَلَاثَ لَيَالٍ "[7] وسيأتي تمام كلامهم في ذلك، ففي الاستدلال به على خيار المغابنة خفا.

وقد استدل له في البحر بقوله صلى الله عليه وآله" لا ضرر ولا ضرار"[8] [في الإسلام][9] " ولعله أظهر والله أعلم [10].

فـــــرعٌ: ولا يثبت [الخيار هنا] [11] لمكلف[/12] باع عن نفسه، عند الأكثر إذ لا دليل عليه،وعن الناصر والباقر ومالك بل يثبت له [الخيار] [13]إذ لم يفصل خبر حبان[14].

وقال ص بالله والإمام ح: يثبت له مع جهل الغبن للخبر لا مع العلم إذا أتى من نفسه.

قال في البحر: قلت: لَا دَلِيلَ فِي خَبَرِ حِبَّانَ، إذْ أَمَرَهُ بِشَرْطِ الْخِيَارِ لِنَفْسِهِ ، وَلَمْ يُخْبِرْهُ عَلَى الْإِطْلَاقِ .سَلَّمْنَا، فَلِكَوْنِهِ نَاقِصَ الْعَقْلِ بِسَبَبِ الصَّائِبَةِ، فَأَشْبَهَ الصَّبِيَّ الْمَأْذُونَ انتهى [15].

وأراد بالصائبة جراحة أصابته في رأسه فاختل عقله لأجلها.

---

1 - الزيادة من (ب).
2 - أسنى المطالب في شرح روض الطالب - (٢ / ٥٠) .
3 - الزيادة من (أ).
4 -هو الحميدي فقيه مكة عبد الله بن الزبير بن عيسى، الإمام القرشي ، محدث مكة وفقيهها، وأجل أصحاب سفيان بن عيينة روى عنه البخاري. وروى أبو داود والترمذي والنسائي عن رجلٍ عنه. قال أحمد بن حنبل: الحميدي عندنا إمامٌ. توفي سنة تسع عشرة ومائتين.(لوافي بالوفيات - (٥ / ٣٩١).
5 - الزيادة من المخطوط وليست مذكوره في المسند .
6 - أخرجه أبو بكر الحميدي (عبدالله بن الزبير الحميدي) في المسند –باب أحاديث عبدالله بن عمر رضي الله عنهما -رقم٦٦٢ - دار النشر: دار الكتب العلمية ، مكتبة المتنبي - بيروت ، القاهرة، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي (ج٢/ص٢٩٢) .
7 - أخرجه ابن ماجه في سننه - كِتَاب الْأَحْكَامِ - بَاب الْحَجْرِ على من يُفْسِدُ مَالَهُ -رقم ٢٣٥٥ (ج٢/ص٧٨٩)والتاريخ الكبير لمحمد بن إسماعيل البخاري الجعفي،-باب منقذ -رقم١٩٩٠ -دار النشر: دار الفكر، تحقيق: السيد هاشم الندوي (ج٨/ص١٧).
8 - أخرجه ابن ماجه في سننه - كِتَاب الْأَحْكَامِ -بَاب من بَنَى في حَقِّهِ ما يَضُرُّ بِجَارِهِ -رقم٢٣٤١ (ج٢/ص٧٨٤). والحاكم في المستدرك على الصحيحين –كتاب البيوع- رقم ٢٣٤٥(ج٢/ص٦٦). وصححه الألباني في الإرواء - (٣ / ٤٠٨) .
9 - الزيادة من (أ) وليست في البحر ولا في السنن وإنما ذكرها الطبراني في المعجم الأوسط - باب من اسمه محمد- رقم٥١٩٣ (٥ / ٢٣٨).
10 - البحر الزخار (٨ / ٢٩٢) .
11 - في (ب)"هذا الخيار".
12 - نهاية ورقة ٢١٤ من (أ).
13 - الزيادة من (أ).
14 - في (أ)"حيان" والصحيح ما أثبته.
15 - البحر الزخار - (٨ / ٢٩٣) .

قال في الغيث: وهذا يعني خيار المغابنة في التحقيق يرجع إلى خيار الإجازة فإن أجاز ولي الصبي لمصلحة، ومالك العبد والموكل فقد العقد وإلا فلا [١].

قوله عليلم:" وبِكَوْنِهِ مَوْقُوفًا " أي يكون العقد موقوفاً على إجازة من هي إليه كما تقدم وهذا ثامن الأسباب المذكورة فإذا باع فضولي مال غيره أو اشترى له شيئاً كان له الخيار في الإجازة وعدمها كما مر.

قوله عليلم: " **وللعَيْبِ والشَّرْطِ والرُّؤْيَةِ** "هذه بقية الأسباب المذكورة وهي التاسع والعاشر والحادي عشر وسيأتي الكلام فيها.

قوله عليلم " **وكله على التراخي [و]** [٢] **يورث ونحوه غالباً** "أي كل الخيار المعقود له هذا الباب يكون على التراخي لا على الفور إلا ما احترز منه بقوله "غالباً" وسيأتي.

وكلها تورث إلا ما احترز منه أيضاً معنى كونه على التراخي، أنه لا يبطل خياره وإن علم موجبه وإن طالت المدة، ولم يفسخ ما لم يصدر منه رضا بالقول أو ما يجري مجراه كما سيأتي.

ومعنى كون الخيار يورث أنه إذا مات من هو له استحقه وارثه فيرضى أو يفسخ، فإن كان صغيراً تولى ذلك وليه فإن لم يفعل كان له الخيار إذا بلغ.

وأراد" بنحو الإرث" انتقال ما هو للمرتد إلى وارثه بعد لحوقه بدار الحرب فإذا أرتد من له الخيار ولحق بدار الحرب انتقل خياره إلى وارثه، وإنما جعل المؤلف [عليلم] [٣] ذلك نحو الإرث لأن اللحوق ليس كالموت من كل وجه بدليل أنهم ذكروا أنه إذا عاد كان أولى بما لم يستهلك من ماله فكذا إذا أسلم قبل أن يبطل خياره، أما بمضي المدة حال[٤] ردته في خيار الشرط أو بغير ذلك من المبطلات فيه وفي غيره كان على خياره ولم يتعرض في الأزهار لذكر الردة إلا في خيار الشرط، ولا وجه لتخصيصه بذلك هذا معنى ما نقل عن المؤلف عليلم.

وقوله:" غالباً "احتراز من العقد الموقوف وخيار المغابنة فإنهما لا يورثان بل يبطل خيار الغبن بموت من هو له ويبطل العقد الموقوف إذا كان موقوفاً حقيقة وهو ما فعله الفضولي، فإذا مات من باع عنه الفضولي أو اشترى له بطل العقد كما تقدم[٥] ولا يورث عنه خيار

---

1 -الغيث المدرار ج٣ (خ) .
2 - الزيادة من(ب).
3 - الزيادة من(أ).
4 - في(ب)"حاله".
5 - في(ب)"كما مر".

الإجازة، وأما ما كان موقوفاً [حقيقة] [١] مجازاً نحو بيع الراهن للرهن وبيع المحجور عليه بشيء[٢] من ماله فقيل أنه يبطل البيع فيهما والصواب خلافه إذ البائع فيهما هو المالك وإنما الحجر والرهن مانعان من نفاذ التصرف لتعلق حق المرتهن والمحجور له بالمبيع وإجازتهما ليست بإجازة[٣] حقيقة وإنما هي إزالة مانع فإذا حصل الإيفاء قبل البيع للقضاء ولو بعد موت الراهن والمحجور عليه لم يبطل ما فعلاه على ما ذكره غير واحد من المحققين وسيأتي لذلك مزيد بسط إن شاء الله تعالى .

ويحترز [أيضاً] [٤] بقوله غالباً من خيار الرؤية فإنه على الفور كما سيأتي ولا يورث، فإذا مات المشتري قبل رؤيته للمبيع لم يورث عنه خيار الرؤية بل يلزم المبيع ورثته[٥].

ويحترز أيضاً من خيار الشرط فإنه يبطل بموت من هو له، ولا يورث عنه ولا يكون على التراخي إلا في مدة الخيار، ويحترز مما إذا أرتد من له الخيار ولم يلحق بدار الحرب، فإنه لا يثبت بذلك للوارث بغير الميراث ويبطل خيار المرتد ما لم يسلم قبل مضي مدته .

وأما مسألة بيع الثياب على أن يأخذ المشتري منها ما شاء ويرد ما شاء فلم يتناولها الاحتراز [بقوله] [٦] "غالباً"[٧] على ما حققه المؤلف عليلم كما تقدم .

وإنما حذف قوله في الأزهار" [و] [٨] هُمَا عَلَى التَّرَاخِي ولَا يُوَرَّثَانِ " [٩] لدخوله تحت قوله في الأثمار "وكله على التراخي ويورث غالباً" ولذلك أخره ليعود الضمير إلى الخيار كله على اختلاف أسبابه.

ويدخل في ذلك خيار العيب والشرط والرؤية، وإن كان قد أفرد لكل واحد من هذه الثلاثة فصلاً يذكر فيه ما يختص به من الأحكام وما كان يشاركه فيه غيره كالفور والتراخي فقد اكتفى بذكره هنا، ولذلك حذفه من الثلاثة الفصول مع قصد الاختصار[١٠/]، وإنما عكس المؤلف ترتيب الأزهار في لف الثلاثة الأسباب الأخيرة بأن قدم العيب ثم

---

1 - الزيادة من(ب).
2 - في (ب)"لشيئ".
3 - في(ب)"إجازة".
4 - الزيادة من(أ).
5 - في(ب)"ورثته".
6 - الزيادة من(أ).
7 - في(ب)"بغالباً".
8 - الزيادة من المخطوط
9 - الأزهار - (١ / ٩٧).
10 - نهاية ورقة ٢٢٣ من (ب).

الشرط ثم الرؤية عكس ما في الأزهار للتنبيه على مراتبها في القوة فالعيب أقوى من الشرط، ولهذا يكون على التراخي ويورث ثم الشرط ثم الرؤية، وإنما أتى بها في النشر معكوسة اقتداء بترتيب الأزهار مع حصول المسوغ لذلك من قصد الترقي من الأضعف إلى الأقوى .

"فَصْـــــلٌ"

[خيار الرؤية وأحكامه]

"**يثبت لمشتر خيار الرؤية** " هذا الفصل معقود لذكر خيار الرؤية وأحكامه فمن اشترى ما لم يره كان له رده على بائعه قبل رؤيته وعقيبها ولو كان قد رضيه بقلبه هذا مذهبنا، وهو قول الأكثر [١].

وعلى أحد قولي ش يبطل البيع، وعلى قوله الآخر يصح إذا ذكر جنس المبيع ونوعه[٢].

وأما إذا باع ما لم يره فإن البيع يصح ولا خيار له عند الأكثر [٣].

قال في الزوائد: وفي رواية [عن] [٤] ح والأستاذ: أن له الخيار، وهو قول القاضي سوار بن عبدالله[٥] وإنما فرق الأكثر في ذلك بين البائع والمشتري لما روي عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال" من اشْتَرَى شيئاً لم يَرَهُ فَلَهُ الْخِيَارُ إذَا رَآهُ " [٦].

حكاه في الشفاء بنحوه ونسبه في التلخيص إلى الدَّارَ قُطْنِيُّ وَالْبَيْهَقِيُّ من حديث أبي هُرَيْرَةَ . قال: وَفِيهِ عُمَرُ بن إبْرَاهِيمَ الْكُرْدِيُّ[٧] مَذْكُورٌ بِالْوَضْعِ.

قال الدَّارَ قُطْنِيُّ وَالْبَيْهَقِيُّ: الْمَعْرُوفُ أَنَّ هذا من قَوْلِ ابن سيرِينَ وَجَاءَ من طَرِيقٍ أُخْرَى مُرْسَلَةٍ عن مَكْحُولٍ عن النبي صلى اللَّهُ عليه وآله أَخْرَجَهَا بن أبي شَيْبَةَ وَالدَّارَ قُطْنِيّ وَالْبَيْهَقِيُّ وَالرَّاوِي عنه أبو بَكْرِ بن أبي مَرْيَمَ[٨] ضَعِيفٌ، وقد عَلَّقَ ش الْقَوْلَ بِهِ على ثُبُوتِهِ وَنَقَلَ النَّوَوِيُّ[٩] اتِّفَاقَ الْحُفَّاظِ على تَضْعِيفِهِ وَطَرِيقُ مَكْحُولٍ الْمُرْسَلَةِ على ضَعْفِهَا أَمْثَلُ من الْمَوْصُولَةِ[١٠]،

---

1 - شرح الأزهار - (٣ / ٩١) .

2 - الحاوي الكبير ــ الماوردي - (٥ / ٢٤)و شرح الأزهار - (٣ / ٩١).

3 - ينظر المرجعين السابقين .

4 - الزيادة من(أ).

5 -هو أبو عبد الله سوار بن عبد الله بن قدامة العنبري القاضي، من أهل البصرة، يروي عن بكر بن عبد الله المزني، وكان فقيها. توفي رحمه الله في سنة ست وأربعين ومائتين . الأنساب للسمعاني - (٤ / ٢٤٦). وأخبار القضاة لأَبُي بَكْرٍ مُحَمَّدُ بْنُ خَلَفِ بْنِ حَيَّانَ بْنِ صَدَقَةَ الضَّبِّيّ البَغْدَادِيّ، المُلَقَّب بِــ"وَكِيع"(المتوفى سنة ٣٠٦هــ) –حققه وصححه: عبد العزيز مصطفى المراغي -المكتبة التجارية الكبرى- مصر –ط١ عام ١٣٦٦هــ-١٩٤٧م (٣ / ٢٨٠).

6 - سنن الدار قطني ج٣/ص٤ رقم ١٠ – كتاب البيوع وسنن البيهقي الكبرى ج٥/ص٢٦٨- باب من قال يجوز بيع العين الغائبة -رقم ١٠٢٠٦ .

7 -هو أبو حفص عمر بن إبراهيم الكردي، ينسب إلى الاكراد، وهو مولى بني هاشم.وكان غير ثقة، يروي المناكير عن الأثبات.وقال أبو العباس بن عقدة: عمر بن إبراهيم ضعيف. الأنساب للسمعاني - (٥ / ٥٤).

8 - أبو بكر بن أبي مريم الغساني المحدث الحمصي العابد؛ شيخ أهل حمص. ضعفه أحمد وغيره لكثرة غلطه. وتوفي سنة ست وخمسين ومائتين. وروى له أبو داود والترمذي وابن ماجه . الوافي بالوفيات - (٣ / ٤٠٤).

9 - في(أ)"النواوي" والصحيح ما أثبته.

10 - في(أ)"الموصلة" والصحيح ما أثبته.

وَأَخْرَجَهُ[1] الطَّحَاوِيُّ وَالْبَيْهَقِيُّ من طَرِيقِ عَلْقَمَةَ بن وَقَّاص[/٢][3] أَنَّ طَلْحَةَ[4] اشْتَرَى من عُثْمَانَ مَالًا فَقِيلَ لِعُثْمَانَ إنَّك قد غُبِنْت فقال عُثْمَانُ لي الْخِيَارُ لِأَنِّي بِعْت ما لم أَرَهُ وقال طَلْحَةُ لي الْخِيَارُ لِأَنِّي[5] اشْتَرَيْت ما لم أَرَهُ فحكم[6] بَيْنَهُمَا جُبَيْرُ بن مُطْعَمٍ[7] فَقَضَى أَنَّ الْخِيَارَ لِطَلْحَةَ وَلَا خيار لِعُثْمَانَ انتهى [8].

قلت: وهذا الحديث [يدل] [9] على هذه الرواية واضح الدلالة لا إشكال فيه وأما على رواية من روى أنهما تناقلا أرضين أو دارين إحداهما بالمدينة والأخرى بالكوفة فقيل لعثمان أنه مغبون إلى القصة ففيه إشكال إذ كلاهما مبيع وأحدهما غائب فلا وجه لثبوت لطلحة دون عثمان.

قال في الغيث: قلت ولعل الراوي أراد بخيار طلحة أن الفسخ الذي طلبه عثمان واقف على اختياره لا أن له الخيار وحده إذ لا وجه للفرق انتهى [10].

وإنما حذف المؤلف [عليلم] [11] قوله في الأزهار " فَمَنْ اشْتَرَى غَائِبًا ذُكِرَ جِنْسُهُ صَحَّ"[12] لعدم الحاجة إلى ذكره ولأنه [قد] [13] توهم أن الأحكام المذكورة بعده مختصة بالمبيع الغائب، وليس كذلك بل كل مبيع غير مشاهد للمشتري يثبت له فيه خيار الرؤية، وأيضاً فقد توهم أن مجرد ذكر جنس المبيع الغائب يقتضي صحة البيع مطلقاً وليس كذلك كما تقدم .

---

1 - في(ب)"فأخرجه". والصحيح ما أثبته.

2 - نهاية ورقة ٢٢٣ من (ب).

3 - هو علقمة بن وقاص الليثي العتواري المدني ثقة نبيل حدث عن عمر وعائشة وابن عباس رضي الله عنهم وعنه ابناه عمرو وعبد الله والزهري ومحمد بن إبراهيم التيمي وابن أبي مليكة التيمي وثقه ابن سعد مات بعد الثمانين رحمه الله تعالى(تذكرة الحفاظ - (١ / ٥٣) .

4 - هو طلحة بن عبيدالله ، القرشي التيمي المكي، أبو محمد. أحد العشرة المشهود لهم بالجنة، كان ممن سبق إلى الإسلام، وأوذي في الله، ثم هاجر، قتل في سنة ست وثلاثين في جمادى الآخرة، وقيل في رجب، وهو ابن ثنتين، وستين سنة أو نحوها، وقبره بظاهر البصرة .(سير أعلام النبلاء (١ / ٢٣).

5 - في(ب)"أني ".

6 - في(ب)"فحكما ".

7 - هو جبير بن مطعم بن عدي بن نوفل بن عبد مناف القرشي، أبو عدي: صحابي، كان من علماء قريش وسادتهم، توفي بالمدينة.وعده الجاحظ من كبار النسابين، وفي الإصابة: كان أنسب قرشي لقريش والعرب قاطبة. الأعلام للزركلي - (٢ / ١١٢) .

8 - التلخيص الحبير (ج٣/ص٦).

9 - الزيادة من(أ).

10 - الغيث المدرار ج٣ (خ) .

11 - الزيادة من (أ).

12 - الأزهار - (١ / ٩٨).

13 -الزيادة من(ب).

[مبطلات خيار الرؤية]

قوله عليلم:" **ويبطل بسكوته عقيب رؤية مع تخييره لكل غَيْرِ الْمِثْلِيِّ إلَّا مَا يُعْفَى** "أي يبطل خيار الرؤية بأحد أمور ستة هذا [١] أولها: وهو أن يسكت المشتري عقيب رؤية المبيع لأنه على الفور [لا] [٢] على ما ذكره م [بالله للهادي عليلم] [٣] .

وذكر علي خليل وأبو مضر على أصل ع أنه على التراخي، وإنما يبطل [خياره] [٤] بالسكوت عقيب الرؤية إذا كانت الرؤية حاصلة مع تمييز للمبيع بجنس الحيوان الذي للحم أو للبن أو للحمل عليه ونحو ذلك، مما جرت العادة [باعتبار معرفته فلا يبطل خياره بمجرد الرؤية، وإنما عدل المؤلف عليلم عن قوله في الأزهار:"وَلَهُ رَدُّهُ عَقِيبِ رُؤْيَةٍ مُمَيِّزَةً][٥][٦] لأنها توهم أنه لا يثبت له الرد إلا عقيب الرؤية المميزة، وأما[٧] قبل الرؤية أو عقيب الرؤية غير المميزة فلا، وليس كذلك بل يثبت له الرد قبلها[وعقيبها] [٨] سواء كانت مميزة أم غير مميزة وسواء وجده على الصفة المشروطة أو لا، خلافاً لأبي العباس والمنتخب فإنهما لا يثبتان خيار الرؤية حيث وجد على الصفة المشروطة، ولا خلاف في أن له الرد قبل الرؤية إلا عن علي خليل ولا بد أن تكون الرؤية مميزة فلو رآه رؤية غير مميزة فلم يفسخ لم يبطل خياره، وذلك كالرؤية في المرآة[٩] وفي الماء إذ هي بانعكاس الشعاع، وأما لو رآه من خلف زجاج فلم يفسخ بطل خياره لأن الشعاع ينفذ [١٠].

قيل[ي] [١١]: ولعل هذا في تقاطيع الجسم، فأما في اللون فلا يبطل الخيار بذلك لأنه يتلون بلون الزجاج [١٢].

وحذف قوله في الأزهار

---

1 -ولو قيل في الجواب إنما لم يحكم لعثمان بالخيار لأنه لم يدع الفسخ بخيار الرؤية فيما شري إنما ادعى خيار الرؤية فيما باع ولا خيار للرؤية فيما باع وليس دعوى خيار الرؤية فيما باع دعوى خيار الرؤية فيما شرى كان أولى وأوفق للظاهر والله أعلم . "تعليق في الحاشية من (ب)".

2 - الزيادة من(ب).

3 - الزيادة من(أ).

4 - الزيادة من(ب).

5 - الزيادة من(أ).

6 - الأزهار - (١ / ٩٨).

7 - في(ب)"فأما ".

8 - الزيادة من(أ).

9 - في(ب)"المراية ".

10 - شرح الأزهار (٣ / ٩١) .

11 - الزيادة من(أ).

12 - شرح الأزهار (٣ / ٩٢) .

" بِتَأَمُّلٍ"[١] لاستفادة معناه من قوله "مع تمييز"، إذ من لازم الرؤية مع التمييز أن يكون بتأمل، ولا بد من أن يكون التأمل لغير المثلي وهو القيمي جميعه[٢] إلا ما يعفى عن رؤيته كما سيأتي ذكره فلو رأى بعض منازل الدار أو أعلى البناء دون[٣] أسفله أو العكس أو رأى كل الدار دون السطوح لم يبطل خياره، وكذا لو رأى ظاهر السفينة دون باطنها [أو العكس] [٤] أو ظاهر الرحى وَالطَّنَافِسِ[٥] والزَّرَابِيِّ[٦] دون باطنهن إلا ما جرت العادة بأنه يعفى عن رؤيته في خيار الرؤية كأساس البناء المعيب في الأرض، وكداخل[٧] الحش والبير والبالوعة وما يستر[٨] بالقضاض[٩] والملاج من الجدران والسقوف ونحو ذلك، فلا يشترط رؤيتها في إبطال خيار الرؤية للعرف، ولما في اعتبار رؤيتها من الحرج إلا أن ينكشف فيها عيب فله الرد به، وأما ما كان مثلياً كالحبوب والسمن والعسل وسائر المثليات فيكفي رؤية بعض المبيع منها إذا استوت أجزاؤه وقل تفاوتها، فإن اختلفت لم يكف رؤية بعضها بل يعتبر رؤية جميعها كالقيمي والوجه في بطلان خيار الرؤية بالتراخي مع تكامل شروطها أنه يشرع للتروي كخيار الشرط فبطل بالتراخي مثله.

قوله عليلم: " **وبإِبْطَاله** " هذا ثاني المبطلات للخيار المذكور فإذا بطل المشتري خيار الرؤية في المبيع بعد عقد البيع بطل .

وإنما حذف قوله في الأزهار" بَعْدَ الْعَقْدِ"[١٠] لعدم الحاجة إلى ذكره لظهوره وهذا ما خرج لأبي العباس و ط، وقد ذكره أبو جعفر وغيره.

فإذا قال المشتري قطعت أو أبرأت أو أبطلت خيار الرؤية بطل، وقيل: لا يبطل بالإبطال [قبل الرؤية] [١١] لأنه أبطله قبل حصول سببه، وهو الرؤية فأشبه إبطال الشفعة قبل حصول سببها وهو البيع . هكذا عن التفريعات والانتصار[١٢].

---

1 - الأزهار - (١ / ٩٨).
2 - في(أ)"جميعاً ".
3 - في(ب)"أو ".
4 - الزيادة من(أ).
5 - البسط الصغار.
6 - الوسايد. المصباح المنير (١ / ١٣٢).
7 - في(ب)"وكذا داخل ".
8 - في(ب)"ستر ".
9 -هو السمنت المطين به للسطوح والجدر. حاشية شرح الأزهار - (٣ / ٥٣٧) .
10 - الأزهار - (١ / ٩٨).
11 - الزيادة من(ب).
12 - التفريعات لعلي خليل (خ). والانتصار على علماء الأمصار ج٦ (خ). وشرح الأزهار - (٣ / ٩٣).

قلنا: خيار الرؤية سببه العقد، وقد حصل والرؤية شرط فيصح إبطاله بعد حصول سببه وإن تأخر شرطه كما يصح الإبراء من المهر كله قبل الدخول [١/]، ولذلك لا يصح إبطاله قبل العقد إذ لم يحصل سببه فأما لو شرط إبطاله حال العقد ففي الزوائد عن ط يصح العقد ويبطل الشرط .

قيل ي: وكان القياس أن يفسد العقد لأنه رفع موجبه [٢].

قوله عليلم:" **ويتصَرف غَيْر اسْتِعْمَالِ** " هذا ثالث المبطلات للخيار المذكور وهو تصرف المشتري في المبيع نحو أن يبيعه، أو يرهنه، أو يؤجره، أو يهبه، أو يغيره، أو نحو ذلك، كأن ينذر به أو يزوجه.

قال في الغيث: فأما لو شفع به فلم أقف في ذلك على نص لكن لا يبعد أن يبطل بذلك خياره كما يبطل به خيار الشرط كما سيأتي، ويحتمل أن لا يبطل [به] [٣] خياره كما لو استعمله بركوب أو غيره قبل أن يراه، وأما إذا كان التصرف بالاستعمال فلا يبطل به الخيار نحو أن يركب الدابة قبل رؤيتها، أو يلبس الثوب، أو يزرع الأرض قبل الرؤية، بخلاف ما إذا أكراها، فأما لو قبل الجارية[٤] قبل رؤيتها فيحتمل أن يكون كالاستعمال، وإنما كان التصرف بالبيع ونحوه مبطلاً لخيار الرؤية دون التصرف بالاستعمال لأن الاستعمال يجري في [ملك الغير] [٥] كالعارية والمؤجر والمباح فلم يكن الاستعمال قرينة دالة على مضي[٦] البيع فلم يبطل به الخيار بخلاف التصرف بالبيع ونحوه، فإن العادة [٧] جارية بأنها[٨] لا تقع من فاعلها إلا في ملكه فكانت شاهدة بأن فاعلها قد أمضى البيع وأبطل خياره ذكر معنى ذلك في الغيث والله أعلم[٩].

قوله عليلم:" **وبتعْيِيب** " [و] [١٠]هذا رابع مبطلات الخيار المذكور، وهو أن يحدث في المبيع قبل رؤيته عيب، فإنه يبطل خيار الرؤية والوجه في ذلك أن المشتري قد ملك المبيع

---

1 - نهاية ورقة ٢٢٤ من (ب).
2 -شرح الأزهار - (٣ / ٩٣) .
3 - الزيادة من(ب).
4 - في(ب)"الجائزة ".
5 - في(ب)" غير الملك "بدل ما بين المعقوفتين.
6 - في(ب)"امضاء ".
7 - في(ب)"العارية ".
8 - في(أ)"أنها ".
9 -الغيث المدرار ج٣ (خ) .
10 - الزيادة من(ب).

بالعقد[1/] وبقي له خيار الرؤية حيث[يمكنه] (٢) رد المبيع على الحال التي قبضه عليها فإذا تعيب لم يمكنه رده كذلك فبطل خياره .

قوله عليلم " **ونَقْصُ عَمَّا شَمِلَهُ الْعَقْدُ** " وهذا خامس المبطلات [للخيار] (٣)المذكور(٤) وهو أن يحصل في المبيع نقصان(٥) عما شمله عقد البيع نحو أن يشتري الشجرة وهي مثمرة فينقص معه [شيء] (٦)من ثمرها أو يشتري شاة حاملاً أو عليها صوف، أو فيها لبن فيفوت الحمل أو الصوف أو اللبن، فإن ذلك يبطل الخيار لما تقدم فأما ما حدث بعد العقد ثم استهلك قبل الرؤية فإن الخيار لا يبطل بذلك وإنما لم يحتج في الأثمار [وأصله] (٧)إلى ذكر التعيب والنقص واقعا(٨) بعد قبض المشتري للمبيع لفهم ذلك مما تقدم من قوله.

ويثبت بالقبض أحكامه غالباً، وإنما حذف المؤلف [عليلم] (٩) لفظة "غالباً"(١٠) هاهنا(١١) لأنه إنما احترز بها في الأزهار عن المصراة وهي التي لا ترد بالرؤية، وإنما ترد بالتصرية، فكانت لفظة غالباً موهمة أنه يصح من المشتري أن يفسخ بخيار الرؤية، ولو كان قد استهلك [لبن] (١٢) المصراة أو نقص وليس كذلك وإنما يردها للغرر بالتصرية ويرد مثل اللبن أو قيمته كما مر .

وحذف قوله" وحَبْسُ مَا يُحْبَسُ "(١٣) [اختياراً منه لما ذكره الفقيه ف من أن الحبس لما يحبس لا يكفي بل لابد من مجموع الرؤية وحبس ما يحبس](١٤)كما تقدم، و[ذلك] (١٥) إذا كان المشتري أعمى أو نحوه وكل من ينظر إلى المبيع فينوب عنه في ذلك وإلا لم يبطل خياره ولو حبس على ما اختاره المؤلف خلاف ما في الغيث.

وحذف أيضاً

---

1 - نهاية ورقة ٢١٦ من (أ).
2 - الزيادة من(أ).
3 - الزيادة من(أ).
4 - في(ب)"المذكورة".
5 - في(ب)"نقص ".
6 - الزيادة من(أ).
7 - الزيادة من(أ).
8 - في(ب)"وقعا ".
9 - الزيادة من(أ).
10 - الأزهار - (١ / ٩٨).
11 - في(ب)"هنا ".
12 - الزيادة من(أ).
13 - الأزهار - (١ / ٩٨).
14 - الزيادة من(أ).
15 - الزيادة من(ب).

[وبِسُكُوتِهِ عقِيبَهَا[1]] [2]لأن ذلك قد فهم من أول الفصل لكن المؤلف يختار أن سكوت المشتري عقيب الرؤية للنظر في صفات المبيع هل يوافق مراده أولا لا يكون مبطلاً لخياره؟

ويعرف ذلك بالقرائن والقول له مع ظهورها في أنه إنما سكت للتعرف، فإن لم تدل على ذلك قرينة ظاهرة بين وتكون البينة أن الشهود عرفوا ذلك من نطقه أو حاله وإنما لم ينبه المؤلف على ذلك [لأنه حذا حذو] [3] الأزهار في إطلاق العبارة.

قوله عليلم " **وبِرُؤْيَةِ وَكِيلِ** " هذا سادس المبطلات المذكورة وهو الرؤية الحاصلة من الوكيل بالشراء أو بالقبض أو بالرؤية فإذا رأى المبيع رؤية مثله ولم يفسخ عقيب الرؤية على ما مر بطل خيار الرؤية، لأن رؤية الوكيل رؤية للموكل لكن وكيل الشراء يخالف وكيل القبض، بأن أمر الفسخ والرضا إليه وحده ولا حكم للموكل معه، فلو رآه الوكيل ولم يفسخ ثم فسخه الموكل لم ينفسخ ولو أبطل الموكل خياره لم يبطل في حق الوكيل لأن الحقوق تتعلق به، وأما الوكيل بالقبض أو الرؤية فليس إليهما فسخ ولا إمضاء، لكن الخيار يبطل بسكوت الموكل عقيب رؤيتهما وعند[4] الناصر وش وزفر ومحمد والوافي أن الخيار لا يبطل برؤية الوكيل إذ [ليست رؤية] [5] للموكل لأن الحقوق عندهم لا تتعلق بالوكيل، وإنما حذف قوله في الأزهار "لَا الرَّسُولِ"[6] لفهم ذلك من تخصيص الوكيل [بالذكر فلا تكون رؤية الرسول رؤية للمرسل لأن الوكيل يتعلق بالحقوق بخلاف الرسول [7][8].

قيل:] [9] وصورة الرسالة أن يقول المشتري للرسول قل للبائع يرسل لي[10] بالمبيع معك أو نحو ذلك [11].

---

1 - الأزهار - (١ / ٩٨).
2 - في(ب)" قوله عقيبها "بدل ما بين المعقوفتين.
3 - في(ب)" لا حذا حذو "بدل ما بين المعقوفتين.
4 - في(ب)"وعن ".
5 - في(ب)"ليس "بدل مابين المعقوفتين.
6 - الأزهار - (١ / ٩٨).
7 - "الرسول من يقول له المشتري قل للبائع يرسل لي بالمبيع معك أو مع غيرك والوكيل من يقول له أقبض المبيع من فلان أو خذه " تمت تعليق في الحاشية من (أ).
8 - شرح الأزهار - (٣ / ٩٥).
9 - الزيادة من(أ).
10 - في(ب)"إلي ".
11 - حاشية شرح الأزهار - (٣ / ٩٥).

قوله عليلم: " **ويكفي لِبَعْض دال** " أي ويكفي في الرؤية أن يكون لبعض من المبيع إذا كانت رؤية ذلك البعض يحصل بها معرفة ما لم يره منه لحق بعض الطعام والسمن، وكذا بعض الثياب المستوية في الجنس والنسج والصبغ، فيبطل الخيار بالسكوت عقيب رؤية ذلك البعض، لأنه بمنزلة رؤية جميعه، فأما إذا كان البعض لا يدل على الباقي [نحو] [1]أن يكون المبيع مختلفاً فإن رؤية بعضه لا يكفي في إبطال الخيار، فأما الجارية والعبد فقد قيل أن رؤية وجوههما يكفي، لأن الوجه هو المقصود في الآدميين هذا كلام السادة [2].

وقال الأمير الحسين: الذي حفظناه في الدرس لمذهب الهادي عليلم أن الجارية إذا كانت للوطء فلا بد من نظر ما سوى العورة وإذا كان الحيوان للحمل، فلا بد من رؤية المقادم والمواخر [3].

فـــــرع : ويعفى عن الاختلاف اليسير الذي يتسامح بمثله.

قال م بالله: يكفي[4] رؤية ظاهر الثياب المستوية [5].

قيل [ح] [6]:يعني رؤية بعضها ولو ظاهره [7].

وقيل: بل رؤية ظاهر كل المعتاد فله الخيار، قيل خيار رؤية وقيل خيار عيب.

وقال الناصر: لابد من رؤيتها الكل ظاهراً وباطناً. قيل: وهو القوي [8].

وقال ك: لا يصح بيع الثياب إلا بعد نشرها [9].

قوله عليلم " **ويكفي مُتَقَدِّمَةً فِيمَا لَا يَتَغَيَّرُ** " أي ويكفي في إبطال خيار [10] الرؤية رؤية للمبيع حصلت قبل الشراء بمدة إذا كان المبيع مما لا يتغير حاله في مثل تلك المدة كالأراضي والدور فأما ما يجوز تغيره في مثل تلك المدة كاللحم واللبن ونحوهما فلا يكفي في ذلك الرؤية المتقدمة على العقد بل يثبت الخيار بعد العقد كما مر.

1 - الزيادة من(أ).
2 - شرح الأزهار - (٣ / ٩٦).
3 - المرجع السابق.
4 - في(ب)"يصح ".
5 -الإفادة في الفقه (خ) عبر حاشية شرح الأزهار - (٣ / ٩٦).
6 - الزيادة من(أ).
7 - الاختيار لتعليل المختار - (٢ / ١٧) .
8 - الغيث المدرار ج٣(خ). والبيان لابن مظفر (ج٥٦٨/٢) .
9 - الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني (٦ / ٨٩) .
10 - نهاية ورقة ٢٢٥ من (ب).

قال في الغيث: والأقرب عندي أنه لا حد للمدة التي تقدمت الرؤية بها إلا ما ذكرنا من أنه لا يجوز تغير المبيع فيها [١].

وقال أبو جعفر: حدها إلى شهر ومفهومه أن له الخيار بعد الشهر، وإن[٢] لم يجوز تغيره في تلك المدة، وقال الأستاذ لا يبطل خيار الرؤية بالرؤية المتقدمة مطلقاً [٣]، وإنما حذف قوله في الأزهار " ولَهُ الْفَسْخُ قَبْلَهَا "[٤] لفهم ذلك من أول الفصل كما مر .

قوله عليلم :" **[ولَهُ]** [٥] **فَرْعِيَّة مَا قَبَضَ وَإِنْ رَدَّ** " يعني أن المشتري إذا[٦] قبض المبيع ولم يره ثم حصلت منه فوائد فرعية ثم فسخه بالرؤية استحق الفوائد ولم يجب عليه ردها والمراد بالفرعية كسب العبد ومهر الأمة حيث زوجهما[٧] البائع قبل البيع ودخل [بها][٨] الزوج بعده وكأجرة ما اشتراه وهو مؤجر أو مغصوب ونحو ذلك.

فأما الأصلية كالولد والصوف والثمر الحادثة بعد العقد قبل الفسخ فيلزمه ردها ذكره أبو مضر وهو الصحيح للمذهب [٩].

وقال ش: لا يجب ردها أيضاً لقوله صلى الله عليه وآله "الخراج بالضمان"[١٠].

قلنا: الخراج اسم للكراء ونحوه لا غير .

وقال القاضي زيد: لا فرق بينهما بل يجب رد الأصلية والفرعية كما في خيار الشرط.

لنا القياس على خيار [العيب] [١١] وشبهه به أقوى من شبهه بخيار[١٢] الشرط والجامع بينه وبين خيار الشرط عند ض زيد أن كل واحد منهما من باب النظر، وكلام أبي مضر أرجح ، ذكره في حواشي المهذب وكلام ص بالله مثل كلام ض زيد هكذا في الغيث [١٣].

---

1 - الغيث المدرار ج٣(خ) .
2 - في(ب)"فإن ".
3 - شرح الأزهار - (٣ / ٩٦).
4 - الأزهار - (١ / ٩٨).
5 - سقط من(ب).
6 - في(ب)"إن ".
7 - في(ب)"زوجها ".
8 - ال١٤٦).أ).
9 - شرح الأزهار - (٣ / ٩٧) .
10 - سبق تخريجه صـــ٦٠٥ .
11 - سقط من (ب).
12 - نهاية ورقة ٢١٧ من (أ).
13 - الغيث المدرار ج٣(خ). و شرح الأزهار - (٣ / ٩٧). و بداية المجتهد - (٢ / ١٤٦).

وهذا الكلام في الفوائد التي لم يشملها العقد فأما التي شملها العقد فهي من جملة المبيع كما مر وإذا[1] بلغت الفوائد الأصلية الحادثة بعد العقد ضمنها المشتري قيمة القيمي ومثل المثلي .

قيل: ولو كان تلفها بأمر غالب.

تنبيـــــهٌ: اعلم أن الخيارات تنقسم إلى ما يرد معه الفرعية والأصلية دون الفرعية كخيار العيب وإلى ما ترد فيه الأصلية وفي الفرعية الخلاف كخيار الرؤية هكذا في الغيث[2]، وإنما حذف المؤلف عليلم قوله في الأزهار" والْقَوْلُ لَهُ فِي نَفْيِ الْمُمَيِّزَةِ ولِلْبَائِعِ فِي نَفْيِ الْفَسْخِ "[3] اكتفاء بما سيأتي في آخر كتاب البيع إن شاء الله تعالى.

فائـــــدة: لا يثبت خيار الرؤية في الصرف والسلم لأن من شرطهما أن يكونا ناجزين لا خيار فيهما بعد الاقتران ذكره الفقيه س[4] وقال في الزوائد بل يثبت في المسلم فيه [5].

---

1 - في(ب)"زوجها ".
2 -الغيث المدرار ج٣(خ) .
3 - الأزهار - (١ / ٩٨).
4 - في(ب)"ف ".
5 - الزوائد(خ) وحاشية شرح الأزهار - (٣ / ١٠٤) .

"فَصْـــــلٌ"

[صحة شرط الخيار في البيع حال عقده أو بعده]

ويَصِحُّ حال الْعَقْدِ أو بعده شَرْطُ الْخِيَارِ لَهُمَا أولِأَحَدِهِمَا" في كل المبيع غالباً مدة معلومة أي يصح شرط الخيار في البيع حال عقده وذلك إجماع، إذ هو حينئذٍ كالجزء من العقد، وكذا بعد العقد على الأصح، وتصح الزيادة في مدته والنقصان منها كما تقدم.

وقال الناصر وش: لا يصح بعد العقد إلا ما داما في المجلس إذ المتأخر عن المجلس كالمنفصل عن العقد فأما [قبل] [١] العقد فلا يصح اتفاقاً إذ هو صفة له فامتنع تقدمه عليه [٢].

وقوله "لهما" يعني للبائع والمشتري وقوله أو لأحدهما يعني يعينه فإن جعل لأحدهما لا بعينه فسد العقد للجهالة.

وقال الثوري[٣] وابن شبرمة: لا يصح جعل الخيار للبايع.

قال الثوري: فإن شرط له فسد في العقد، وقال ابن شبرمة: يلغو الشرط [٤].

وقوله" في كل المبيع" يعني فلا يصح جعل الخيار في بعض المبيع نحو أن يقول بعت منك هذه الثياب مثلاً كل ثوب بكذا ولك الخيار مدة كذا تأخذ فيها[٥] ما شئت وترد [منها] [٦] ما شئت فإنه يصح العقد والشرط، ويكون له أن يرد في المدة ما شاء من الثياب كما إذا قال ولك الخيار عشرة أيام في هذا الشيء المعين وهذه الصورة تصح في المستوى وكذا في المختلف، فأما لو قال بعت منك هذه الثياب بكذا على أن ترد ما شئت وتأخذ ما شئت في مدة كذا فإن ذلك لا يصح لجهل قدر الثمن في الباقي وهذا في هذا الموضع مزيد من المؤلف [عليلم] [٧] وهو[٨] الموعود فيما تقدم لمجيئه[٩] هذا معنى ما ذكره في شرح الأثمار بأكثر لفظه، ويشترط أن تكون مدة الخيار معلومة كما تقدم، وسواء طالت المدة أم قصرت على المذهب وهو قول أبي يوسف ومحمد [١٠].

---

1 - سقط من(ب)"زوجها ".
2 - شرح الأزهار - (٣ / ٩٩) .
3 - في(أ) "النواوي والصحيح ما أثبته .
4 - بداية المجتهد - (٢ / ١٦٩).
5 - في(أ)"منها ".
6 - الزيادة من(ب).
7 - الزيادة من(ب).
8 - في(ب)"وهذا ".
9 - في(ب)"بمجيّه ".
10 - العناية شرح الهداية - (٨ / ٣٥٢) .

وقال زيد عليلم وأبو ح وش: لا يصح شرط الخيار أكثر من ثلاثة أيام لخبر حبان وقد مر [١].

[و] [٢] قال [أبو] [٣] ح: إن جعلت المدة أكثر من ثلاث ثم أبطلا[٤] الزائد في الثلاث صح لا إن أبطلاه بعدها، وقال ش بل هو باطل وإن[٥] أبطله في الثلاث [٦].

وقال[٧] ك: يصح الخيار مدة يعرف المبيع في مثلها [٨].

وأما إذا كانت المدة مجهولة فالمذهب أن العقد يفسد إذا قارنه الشرط [وهو قول الأكثر و] [٩] قال ابن أبي ليلى: يصح العقد ويبطل الشرط [١٠].

وقال الحسن بن صالح وابن شبرمة: يصح العقد والشرط ويكون له الخيار أبداً.

وعن ص بالله: يكون له الخيار ثلاثاً حيث أطلق لا حيث ذكر مدة مجهولة، وأما إذا كان متأخراً عن العقد والمدة مجهولة [١١].

قال في الغيث: فالأقرب أنه يلغو ويصح العقد كما قالوا في الزيادة [١٢].

قوله عليلم " **وكذا الأجنبي وهو وكيل** " أي وكذا يصح [جعل] [١٣] الخيار لأجنبي غير البائع والمشتري على المذهب، وقال س: لا يصح [١٤].

وقوله "وهو وكيل" يعني أن المجعول له الخيار حكمه حكم الوكيل للجاعل منهما وهذا اختيار المؤلف عليلم أن ثبوت الخيار للمجعول له.

فـــــرع: على ثبوته للجاعل أي يلزم من شروط الخيار للأجنبي أن يكون الخيار للجاعل فكان الجاعل [أصلاً] [١٥] ولذلك أنه إذا مات بطل خيار المجعول له، وإذا مات

---

1 - الاختيار لتعليل المختار - (٢ / ١٣)و أسنى المطالب في شرح روض الطالب - (٢ / ٥٠) .
2 - الزيادة من(أ).
3 - الزيادة من(ب).
4 - في(ب)"أبطل ".
5 - في(ب)"فإن ".
6 - شرح الأزهار - (٣ / ٩٩) .
7 - في(ب)"فقال ".
8 - بحيث لا تزيد المدة عن شَهْرٍ وَسِتَّةِ أَيام. ينظر (حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - (١١ / ٣٩٤).
9 - الزيادة من (أ).
10 - بحيث لا تزيد المدة عن شَهْرٍ وَسِتَّةِ أَيام. ينظر (حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (١١ / ٣٩٤).
11 - البحر الزخار (٨ / ٢٤٦) .
12 -الغيث المدرار ج٣(خ) .
13 - في(ب)"أن يجعل "بدل مابين المعقوفتين.
14 -البحر الزخار - (٨ / ٢٤٨)و شرح الأزهار - (٣ / ٩٨).
15 - الزيادة من(أ).

المجعول له لم يبطل خيار الجاعل [كما سيأتي][١] وهو المفهوم من كلام البحر حيث قال: فــرْعٌ: وَيَتْبَعُهُ [الجاعل][٢] إذْ لَا يُعْقَلُ ثُبُوتُهُ لِلْأَجْنَبِيِّ مُسْتَقِلًّا لِعَدَمِ الْعَلَقَةِ، بَلْ بِطَرِيقِ النِّيَابَةِ أحد[٣/] وجهي أصش لِمَ يُشْتَرَطُ لَهُ.

قُلْنَا: تَضَمُّنُهُ شَرْطُهُ لِلْغَيْرِ .

قُلْت: مَا لَمْ يُسْقِطْهُ بِشَرْطٍ .

وَيَبْطُلُ بِمَوْتِ شَارِطِهِ فَيَتْبَعُهُ الْمَجْهُولُ لَهُ ، إذْ هُوَ كَالنَّائِبِ انتهى [٤].

وقد عرف معناه من عبارة الأثمار فعلى هذا أنه إذا[٥] بطل خيار الجاعل بموتٍ أو غيره وجب أن يبطل خيار المجعول له وهو الأجنبي وسواء كان وارثاً للشارط أم لا ذكره الفقيه ل لأن الوكالة تبطل بالموت واختار ذلك الفقيه س في التذكرة، وبنى عليه المهدي عليلم في البحر والأزهار واختاره المؤلف عليلم كما مر.

وقيل ي: لا يبطل بذلك لأنه له بالأصالة وليس الموت اختياراً منه حتى يقال قد سبق به والحكم للسابق، لأن ذلك ليس برضا وإنما استقر البيع بالموت من حيث أن الخيار لا يورث.

وأما في العكس وهو إن مات المجعول له دون الجاعل فقال المؤلف عليلم أنه لا يبطل [خيار الجاعل] [٦]على القولين معاً كما ذكره بعضهم.

قال: وهو المفهوم من تعليل البحر.

وقال المهدي عليلم بل يأتي على الخلاف بين الفقيهين[٧] المتقدم ذكره [٨].

قيل: وإذا [أمضى] [٩] البيع أحدهما بطل خيار الآخر إذ[١٠] هما بمنزلة مشتريين والحكم في ذلك لمن سبق منهما كما سيأتي إن شاء الله تعالى .

---

1 - الزيادة من(أ).
2 - في البحر "الشارط " بدل ما بين المعقوفتين .
3 - نهاية ورقة ٢٢٦ من (ب).
4 - البحر الزخار (٨ / ٢٤٨) .
5 - في(ب)"لو".
6 - الزيادة من(أ).
7 - الفقيهان هما (ل ى) شرح الأزهار - (٣ / ٩٩).
8 - شرح الأزهار - (٣ / ٩٩).
9 - سقط من(ب).
10 - في(ب)"و".

قوله عليلم: " **لهب غَالِبًا** "احتراز من بعض الصور فإن الخيار فيها يكون للمجعول له وحده، وذلك نحو أن يشترط أن الخيار للمجعول له دون الجاعل فإنه هنا لا يكون للجاعل.

ذكر معناه المهدي عليلم [في البحر كما مر] (١) و(٢) هو مروي عن السيد ح والفقيه ع.

واستضعف المؤلف عليلم جعل ذلك للمذهب فقال: بل المذهب[٣/] خلافه، لأنه لا يصح مثل ذلك في الوكالة(٤) وقد تقدم أن هذا وكالة فلا يصح اشتراط عدم الخيار للجاعل.

قيل: ويفسد به العقد لأنه رفع لموجبه.

قوله عليلم: " **وَيَبْطُلُ خيار من له الخيار بِإِمْضَائِهِ وَلَوْ فِي غَيْبَةِ الْآخَرِ وَهُوَ عَلَى خِيَارِهِ هب عَكْسُ الْفَسْخِ** ".

اعـــــلم أن خيار الشرط يبطل بأمور منها:

الموت وقد تقدم الكلام فيه، ولذلك لم نذكره هنا، ومنها أن يمضي البيع من له الخيار من بائع أو مشتر أو أجنبي بأن يقول أمضيت البيع أو رضيت [به] (٥) أو أبطلت خياري أو نحو ذلك ولو صدر ذلك من أحدهما في حال غيبة الآخر لأن إمضاء من [له الخيار] (٦) إسقاط لحق نفسه ولا (٧) يشترط في مثله حضور الآخر و إذا كان الخيار لهما وأمضاه أحدهما فالآخر باق على خياره.

قال أهل المذهب: والإمضاء في هذا عكس الفسخ وذلك لأن الفسخ من أحدهما لا يصح إلا في حضرة الآخر أو بشرط بلوغه إليه برسالة أو كتابة، لأن الرسول والكتاب يقومان مقام المرسل والكاتب فلو فسخ أحداهما في غيبة الآخر لم يصح الفسخ (٨).

ووجه ذلك أن الفسخ إسقاط لحق الغير واشترط (٩) أن يكون إلى وجهه وأن يكون بقول أو ما في حكمه وإذا فسخ أحدهما لم يبق الآخر على خياره بل يبطل إذ (١٠) قد انفسخ العقد،

---

1 - الزيادة من(أ).
2 - في(ب)"كما".
3 - نهاية ورقة ٢١٧ من (أ).
4 - يقال المضارب وكيل للمضارب والتصرف للمضارب الذي هو الوكيل لا المضارب الذي هو الموكل . تعليق في الحاشية من (ب).
5 - الزيادة من (أ).
6 - في (ب) "الخيار له"بدل ما بين المعقوفتين.
7 - في (ب) "فلا ".
8 - البحر الزخار (٨ / ٢٦٢) .
9 - في (ب)"فاشترط" .
10 - في (ب)"إذا".

واشتراط حضور الآخر، ذكره في الزيادات وض زيد، والأزرقي و ح ومحمد وصححه الأخوان قياساً على رد الوديعة إذ [١] كل منهما حل عقد في مال، ولا يقاس على الطلاق لأنه حل عقد في غير مال [٢].

وقال في الإفادة وك وش وعلي خليل: أنه يصح الفسخ في غيبه الآخر إذ لا يحتاج إلى رضاه فكذا حضوره كما في الطلاق، وقوى ذلك المؤلف عليلم وأشار إلى ضعف كلام أهل المذهب هذا لأن الفسخ حق للتفاسخ لا للآخر فلا يعتبر حضوره، وقول أهل المذهب أن الطلاق حل عقد في مال لا يسلمه الخصم إذ لخروج البضع قيمة عنده، وقد أشار إلى ذلك [والده الإمام] [٣]المهدي عليلم في البحر كذا في شرح الأثمار [٤].

قوله عليلم: "**ويتصرف غَالِبًا** "هذا ثالث الأمور المبطلة لخيار الشرط وهو أن يتصرف في المبيع من له الخيار أي تصرف نحو أن يبيعه أو يهبه أو يعتقه أو يرهنه أو يشفع به أو يؤجره ولو من المشتري أو يستعمله كأن يسكن الدار أو يلبس الثوب أو يركب الفرس أو يقبل الأمة فإن ذلك يبطل خياره .

[و] [٥] قوله [عليلم] [٦]: [غالباً] [٧] احتراز من أن يستعمله ليتعرف حاله نحو أن يركب الفرس ليعرف طيب رأسه ومقدار سبقه أو تحمل الدابة شيئاً ليتعرف مقدار ما يستطيع حمله أو يأمر العبد ليتعرف امتثاله أو يعرضه للبيع ليعرف ما يدفع فيه من الثمن وما أشبه ذلك فإن خياره لا يبطل بذلك، ويحترز أيضاً من أن يشتري المبيع مسلوب المنافع مدة معلومة ثم يؤجره البائع من المشتري أو غيره في مدة خياره [٨] [البائع فإن ذلك لا يبطل خياره] [٩] ويحترز أيضاً من [استعمال] [١٠] المبيع لمصلحته كأن يركبه ليسقيه أو ليعلفه أو يحمل عليه علفه، أو نحو ذلك فإنه لا يبطل بذلك ونحوه خياره، ومعنى بطلان خيار البائع بما ذكر أن البيع [يبطل ومعنى بطلان خيار المشتري أن البيع][١١] ينفذ، وإذا اختلفا في كون ما فعله المشتري من الاستعمال للتعرف أو للرضا فالقول له فيما يحتمل الأمرين إذ لا يعرف قصده

---

1 - في (ب) "و".
2 - البحر الزخار (٨ / ٢٦٢) .
3 - الزيادة من (أ) .
4 - البحر الزخار - (١٣ / ٢١٦)و شرح الأزهار - (٣ / ١٠٠) .
5 - الزيادة من (أ) .
6 - الزيادة من (ب) .
7 - سقط من (ب) .
8 - في (ب) "خيار".
9 - الزيادة من (ب) .
10 - في (ب) "أن يستعمل".
11 - الزيادة من (ب) .

إلا من جهته، وأما ما لا يحتمل كالعرس والبناء والبيع ونحوه، فلا يقبل قوله فيها أنه فعلها للتعرف إذ لم تجر بذلك عادة، ومن ذلك تقبيل الأمة عند الأكثر وعند زيد بن علي أن تقبيل الأمة لا يقطع الخيار [١].

قوله عليلم: " **و بِسُكُوتِهِ حتى تمت الْمُدَّةُ عَاقِلًا** "وهذا رابع المبطلات لخيار الشرط وهو أن يسكت من له الخيار بعد انقضاء المدة ولم يفسخ فوراً عند تما مها إذا كان عند تمامها عاقلاً فأما لو انقضت وهو نائم أو مجنون أو مغمى عليه لم يبطل خياره فإن مضت وهو سكران بطل خياره على الخلاف المتقدم.

وحذف قوله في الأزهار " ولَوْ جَاهِلًا "[٢] لأنه إنما ذكره إشارة إلى الخلاف، والمذهب أن خياره يبطل بالسكوت حتى تمت المدة ولو جهل تمام المدة أو بطلان خياره بالسكوت حتى تمت، فإن جهله بذلك لا يمنع من بطلان خياره.

وقال ك: لا يبطل خياره حتى يقول أمضيت البيع أو نحوه [٣].

تنبيـــــهٌ: [٤/] فأما لو أذن البائع للمشتري بشيء من هذه التصرفات هل يبطل بها خيار المشتري.

قال في الغيث: الأقرب عندي أنه إذا أنفرد المشتري بالخيار أن الإذن لا يصح لأنه إذن فيما لا ملك له فيه، وإذا لم يصح الإذن بطل الخيار بذلك، وأما إذا كان الخيار لهما صح الإذن ولم يبطل به حينئذ خيار المشتري ويحتمل أن يصح الإذن في الوجهين جميعاً ويكون ذلك بمنزلة قول البائع قد جعلت لك الخيار شهراً أو كلما فعلت في الشهر مما يبطل الخيار، فقد رددت لك الخيار إلى انتهاء الشهر، وهذا يصح لأنه بمنزلة الزيادة في الخيار بعد العقد انتهى[٥].

تنبيـــــهٌ: وإذا جدد أحدهما الخيار للآخر بعد انقضاء المدة فالأقرب صحة كما يصح جعل الخيار لأحدهما بعد تمام عقد البيع والله أعلم.

وحذف قوله في الأزهار:" وبِرِدَّتِهِ حَتَّى انْقَضَتْ"[٦] لأنه قد تقدم الكلام في ذلك في تفسير قوله وكله على التراخي ويورث ونحوه غالباً.

---

1 - شرح الأزهار - (٣ / ١٠١).
2 - الأزهار - (١ / ٩٨).
3 - الشرح الكبير للشيخ الدردير - (٣ / ١٠٥). وبداية المجتهد - (٢ / ١٧٢).
4 - نهاية ورقة ٢٢٧ من (ب).
5 - الغيث المدرار ج٣ (خ) .
6 - الأزهار - (١ / ٩٨).

"فَصْـــــلٌ"

[في حكم المبيع حيث الخيار للمشتري وحده]

وإذَا انْفَرَدَ بِهِ الْمُشْتَرِي ثبت حكم الملك فيما عَلَيْهِ غالباً " يعني إذا كان الخيار للمشتري وحده دون البائع ثبت ملكه للمبيع وإذا ثبت ملكه ثبت له أحكام الملك فيعتق عليه المبيع إذا كان ذا رحم له وينفسخ النكاح إذا كان المبيع زوجاً أو زوجة للمشتري، ويشفع المبيع من له سبب يصح به شفعته، وإذا تعيب المبيع أو تلف في يده كان من ماله ويبطل خياره إذا وقع أيّ الأمور المذكورة وينفذ البيع .

وقال الهادي عليلم في المنتخب: "لا يبطل خياره بحدوث العيب"[١].

والصحيح ما ذكره في الأحكام من أنه يبطل خياره بذلك [٢].

ومن الأحكام المذكورة أنه يجب على المشتري نفقة المبيع وسائر مُؤنه ولو كان في يد البائع.

وقوله "غالباً" احتراز من العكس لا من الطرد وتقدير الكلام ثبت حكم الملك فيما عليه لا فيما له غالباً، واحترز به من الشفعة بالمبيع فإنها تثبت للمشتري في مدة خياره، وأما إذا لم ينفرد المشتري بالخيار كان لهما كليهما أو للبائع وحده فإن الواجب عكس ما تقدم من الأحكام كما يدل عليه [٣/] المفهوم فلا يعتق على المشتري ولا يشفع فيه ولا يتعيب، ولا يتلف من ماله ولو كان في يده، لأنه لما ينتقل من ملك البائع هذا هو المذهب وهو قول ف ومحمد [٤].

وقال ح: يخرج عن ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري قال لئلا يجتمع في ملكه البدل والمبدل حتى تنقضي مدة الخيار [٥].

وللش ثلاثة أقوال: أصحها كقولنا [٦].

---

1 - المنتخب - (ص٢١٥).
2 - أصول الأحكام في الحلال والحرام - (٢ / ٥٦) .
3 - نهاية ورقة ٢١٩ من (أ).
4 - شرح الأزهار (٣ / ١٠٢). والاختيار لتعليل المختار (٢ / ١٤). والفتاوى الهندية - (٣ / ٥٧).
5 - شرح الأزهار - (٣ / ١٠٢). الاختيار لتعليل المختار (٢ / ١٤) .
6 - الحاوي في فقه الشافعي - الماوردي - (٥ / ٦٨).

ويلزم البائع إنفاق المبيع وسائر مؤنة في مدة الخيار وإذا[١] تعيب أو تلف كان من ماله ولو كان في يد المشتري كما تقدم .

قوله عليلم: " **والْفَوَائِدَ لِمَنْ اسْتَقَرَّ لَهُ و قرار الْمُؤَنِ بعد القبض عَلَيْهِ** " يعني أن المبيع بخيار يكون فوائده الأصلية والفرعية الحاصلة في مدة الخيار مستحقة لمن استقر له ملك المبيع من بائعٍ أو مشتر ومن استقر له الملك كان قرار المؤن عليه وهذا اختيار من المؤلف عليلم أنه يؤمر بالإنفاق[٢] وسائر المؤن من حكم الملك ثابت له في الحال كما تقدم ولو كان في يد الآخر.

وقال الإمام المهدي عليلم: الأقرب أنه يؤمر بذلك من هو في يده من بائع أو مشتر فإن استقر الملك للآخر رجع عليه بذلك.

وقال في بيان ابن مظفر: " يؤمر بالإنفاق على المبيع من له الخيار"[٣] وذلك يوافق قول المؤلف حيث الخيار لأحدهما فقط [لا حيث] [٤] كان لهما كليهما فلا يستقيم، لأنه يلزم أن يؤمرا كلاهما بالإنفاق وليس كذلك.

قوله عليلم: "**ويَنْتَقِلُ إلى وَلِيِّ مَنْ جُنَّ وصَبِيٍّ بلغ** "فإذا جن من له الخيار من بائع أو مشتر انتقل خياره إلى وليه فإن أفاق ولو بعد مضي مدة الخيار فهو على اختياره[٥] ذكره الهادي عليلم.

قال ع: ما لم يكن قد أمضى الولي أو فسخ، وكلام الهادي عليلم مبني على أن الولاية تعود بالجنون بعد بطلانها بالبلوغ وللم بالله في ذلك قولان تقدما في النفقات، وكذلك خيار الصبي ينتقل إليه بعد بلوغه حيث اشترى له وليّه شيئاً وأشترط له الخيار ثم بلغ ذلك الصبي في مدة الخيار قبل أن يمضي الولي أو يفسخ .

وقيل ح: لا ينتقل [الخيار] [٦] عن الولي [٧].

وحذف المؤلف [عليلم] [٨] قوله في الأزهار " إلى وَارِثِ مَنْ [و] [١] لَحِقَ "[٢] لتقدم معنى ذلك في أوائل الباب .

---

1 - في (ب) "فإذا".
2 - في (ب) "بانفاقه".
3 - بيان ابن مظفر (ج٥٧٣/٢) .
4 - في (ب) "فإن"بدل ما بين المعقوفتين.
5 - في (ب) "خياره".
6 - الزيادة من (ب) .
7 - شرح الأزهار - (٣ / ١٠٤)و المبسوط - (٤ / ٤٣).
8 - الزيادة من (أ) .

قوله عليلم: " **ويَلْغُو فِي غير [نحو]** [3] **المعاوضات غالباً** "وذلك كالنكاح والطلاق والعتاق والوقف فإن شرط الخيار فيها يلغو وتنفذ هي إما في النكاح فلأنه[4] شرع للدوام والخيار ينافيه، وأما الطلاق فلأنه[5] لا يرتفع بعد وقوعه، وأما العتق والوقف فلأنهما إزالة ملك الرقبه[6] ومثلهما النذر والهبة بلا عوض، ويلغو أيضاً شرط الخيار في كل عقد جائز من كلا الطرفين إذ لا فائدة فيه، وأما المعاوضة فيصح فيها كالبيع والصلح الذي بمعناه، والإجازة، وأراد بنحو المعاوضة المهر المعين وعوض الخلع حيث هو عين أيضاً فإن خيار الشرط لا يلغو فيهما بل يعتبر.

واحترز بقوله "غالباً" نحو الصرف والسلم والشفعة، فإن شرط الخيار يلغو فيهن مع كونهن من المعاوضة، وهو[7] احتراز من العكس، وحيث يلغو شرط الخيار فقد يبطل به العقد كما في الصرف والسلم، فإن شرط الخيار فيهما يفسدهما لأنهما مبنيان على التعجيل والخيار ينافيه ذكره أهل المذهب، وهو قول ح وش وهذا حيث لم يبطل الخيار في المجلس فإن أبطله من شرط له قبل أن يتفرقا صح العقد ولم يضر شرط الخيار، وأما الشفعة فتبطل باشراط الخيار، ولو أبطل في المجلس لأن اشتراط الخيار فيها بمنزلة الاشتغال بغيرها بعد العلم بها [8].

قيل: وذكر أبو مضر في الصرف والسلم أنه يصح العقد ويبطل الشرط [9].

فـــــرعٌ: وأول مدة الخيار حيث أطلق وقت العقد كالأجل ولا يطالب المشتري بالثمن قبل [10/] مضي المدة ولو انفرد بالخيار.

وإذا تلف المبيع بعد قبضه له وقبل أن يفسخ، ضمنه بثمنه عند القاسمية، والحنفية إذا تلف من ماله.

وقال بعض الشافعية: بل بالقيمة إذ الثمن عوض الباقي لا التالف ففيه القيمة كالغصب.

قُلْنَا : قَدْ لَزِمَ الثَّمَنُ بِالْعَقْدِ فَتَعَيَّنَ كَلَوْ بَقِيَ [1][2] .

---

1 - سقط من المخطوط .
2 - الأزهار - (١ / ٩٩).
3 - الزيادة من (أ) .
4 - في (ب) "فإنه".
5 - في (ب) "فإنه".
6 - في (ب) "لقربه".
7 - في (ب) "فهو".
8 - شرح الأزهار (٣ / ١٠٤). و البحر الرائق (٨ / ٤٢). والوسيط(٣ / ٩٩). والحاوي الكبير للماوردي(٥ / ٦٧).
9 - الغيث المدرار ج٣(خ) .
10 - نهاية ورقة ٢٢٨ من (ب).

فــــــرع: وإذا كان المبيع أمة فلمن له الخيار وطؤها في مدته فإن كان لهما فللبائع فقط، إذ شرطه الخيار لنفسه دليل كونه لم يرض انبرام خروجها عن ملكه، فإن وطئها المشتري لزمه المهر وقيمة الولد ولحقه النسب وسقط عنه الحد وصارت أم ولد له إذ له فيها ملك ضعيف، فأشبه ملك الأب، ذكر معناه في البحر، وقال: فيه" مَسْأَلَةٌ " أبو حنيفة وأصحابه وَمَنْ اشْتَرَى عَبْدًا بِأَمَةٍ وَالْخِيَارُ لَهُ فَأَعْتَقَهُمَا عَتَقَا ، كَلَوْ أَعْتَقَ كُلًّا عَلَى انْفِرَادِهِ.

الشافعي وأصحابه: يُعْتَقُ أَحَدُهُمَا فَقَطْ لَا بِعَيْنِهِ، إذْ لَا يَمْلِكُ عِتْقَ الْآخَرِ بَعْدَ عِتْقِ الْأَوَّلِ.

الْحَدَّادُ[٣] وَالْأَكْثَرُ [من أصحاب ش] [٤]: ويتعين[٥] الْعَبْدُ إذْ فِيهِ تَقْرِيرٌ لِلْعَقْدِ.

ابْنُ الصَّبَّاغِ[٦]: بَلْ الْأَمَةُ إذْ الْفَسْخُ أَوْلَى لِكَوْنِ الْعَقْدِ مِنْ أَصْلِهِ غَيْرَ مُنْبَرِمٍ.

قُلْت: الْأَقْرَبُ لِلْمَذْهَبِ أَنْ يَتَمَانَعَا إنْ أَعْتَقَ بِلَفْظٍ وَاحِدٍ، وَيُحْتَمَلُ أَنَّ الْمَذْهَبَ كَقَوْلِ ابْنِ الصَّبَّاغِ كَمَا قُلْنَا فِي اتِّفَاقِ وَقْتِ الْفَسْخِ ، وَالْإِمْضَاءِ مِنْ الْمُشْتَرِي، انتهى [٧].

تنبيـــــهٌ: قيل القائس على قول ح أنه يلزم المعتق لبائع العبد قيمته لأنه استهلك فتلف من ماله واستهلك[٨] الأمة فبطل بيعها ولزمه رد ثمنها وهو العبد، لكنه استهلكه فضمن قيمته لبائعه ذكر معنى ذلك في بيان ابن مظفر [٩].

فـــــرعٌ: وَلَا يُورَثُ خِيَارُ الشَّرْطِ كما مر على المذهب إذْ الْوَارِثُ لَمْ يَعْقِدْ وَلَا شَرْطَ لَهُ، و قال ك ش: بَلْ يُورَثُ كَخِيَارِ الْعَيْبِ [١٠].

قُلْنَا: كَالْمَالِ إذْ هُوَ جُزْءٌ مِنْ الْمَبِيعِ فَيُورَثُ ، وَالشَّرْطُ رَأْيٌ فَلَا يُورَثُ [١١].

---

1 - في (أ) "كلو بقي".
2 - البحر الزخار (٨ / ٢٥٧). و روضة الطالبين (٣ / ٤٥١). و الحاوي في فقه الشافعي للماوردي (٥ / ٢٩٧).
3 - هو محمد بن أحمد بن محمد بن جعفر أبو بكر ابن الحداد الكناني المصري شيخ الشافعية بالديار المصرية ولد يوم موت المزني في رمضان سنة أربع وستين، كان فقيها عالما كثير الصلاة والصيام له كتاب أدب القضاء وكتاب الباهر في الفقه وكتب أخرى، ولي قضاء مصر نيابة ،توفي في المحرم سنة أربع وقيل خمس وأربعين وثلاثمائة . طبقات الشافعية لابن شهبة (١ / ١٣٠)بتصرف.
4 -الزيادة من المخطوط .
5 - في البحر " وَيُعْتَقُ " .
6 - هو عبد السيد بن محمد بن عبد الواحد، أبو نصر، ابن الصباغ: فقيه شافعي، من أهل بغداد، ولادة ووفاة. كانت الرحلة إليه في عصره، وتولى التدريس بالمدرسة النظامية أول ما فتحت وعمي في آخر عمره. له " الشامل - خ " في الفقه، و " تذكرة العالم " و " العدة " في أصول الفقه. الأعلام للزركلي - (٤ / ١٠) .
7 - البحر الزخار - (٨ / ٢٦١).
8 - في (ب) "فاستهلك ".
9 - بيان ابن مظفر (ج٢/٥٨٠).
10 - بداية المجتهد - (٢ / ١٧١)و روضة الطالبين- (٣ / ٤٣٩).
11 - البحر الزخار - (٨ / ٢٦٧) .

"فَصْـــلٌ"

[خيار العيب وشروطه وأحكامه]

ومَا وجد في البيع إلى وقت قبضه وبَقِيَ أَوْ عَادَ بعده وثبت بنحو شهادة من أولى بصر أنه عيب استحق به الرد حَيْثُ وَجَدَ الْمَالِك ولَا يَرْجِع بنفقتة[١] "هذا الفصل يتضمن ذكر خيار العيب وشروطه وأحكامه أما ما يرد به المبيع من العيب فهو ما جمع الشروط الثلاثة التي أشار إليها المؤلف عليلم.

أولها: أن يكون ذلك العيب موجوداً في المبيع من قبل العقد أو من بعده قبل قبضه، فأما ما حدث بعد قبض المشتري للمبيع ولم يكن قد حدث[٢/] مع البائع قبل القبض، فلا يصح الرد به بلا خلاف.

ثانيها: أن يبقى العيب في المبيع مع المشتري أو يكون قد زال عند القبض ثم عاد مع المشتري كالصرع والإباق ونحوهما مما يزول ثم يعود في العادة فأما إذا كان زائلاً حال القبض ولم يعد مع المشتري فلا يكون له رده حتى يعود لاحتمال أن يستمر زواله ذكر معنى ذلك ع [٣].

الشرط الثالث :أن يكون قد ثبت بشهادة عدلين أو رجل وامرأتين من ذوي الخبرة بذلك العيب كالنخاسين في الرقيق والحدادين في الحديد والبزازين في البز ونحو ذلك أن ذلك عيب يرد به المبيع عادة وسواء كان ينقص القيمة أم لا بل ينقص الحلقة كالخصي وأراد بنحو الشهادة الشاهد واليمين أواليمين المردودة من المشتري أو نكول [البائع] [٤] أو علم الحاكم واكتفى بلفظ الشهادة عن التصريح باعتبار لفظها، وعدالة الشاهدين للعلم بذلك فإذا ثبت العيب بما ذكر كان للمشتري أن يرد المبيع بذلك العيب على المالك حيث وجده [سواء وجده] [٥]في موضع العقد أم في غيره لأن الرد حق للمشتري على البائع فله استيفاؤه في أي مكان كسائر الحقوق، وإنما ترك المؤلف تقييد العيب بنقص القيمة لأنه قد يرد بما لا ينقص القيمة كالخصي لأنه نقصان في الخلقة وإن زادت به القيمة كما ذكره بعض الشافعية واختاره المؤلف.

---

1 - في (ب) "بنحو نفقته ".
2 - نهاية ورقة ٢٢٠ من (أ).
3 - شرح الأزهار - (٣ / ١٠٦) .
4 - الزيادة من (ب) .
5 - الزيادة من (أ) .

قيل [ف] [١]: ولعله المذهب.

قال في الغيث: [و] [٢] فيه نظر لأن إطلاق أهل المذهب يقضي باعتبار نقصان القيمة لكن قد أوجبوا في خصي العبد المغصوب الأرش وإن زادت به قيمته.

قلت: لا يقتضي كونه عيباً يجب به الرد ولعل العبرة بالمقصود فما فات به بعض المقصود للمشتري فهو عيب في حقه خلا أن هذا يصادم اشتراط أصحابنا كونه ناقصاً لقيمة المبيع ويمكن أن يقال أن نقصان المقصود بنقص القيمة بالنظر إلى صاحب القصد وإن لم ينقصها عند من لم يقصد ما قصده والله أعلم انتهى [٣].

وحذف المؤلف [عليلم] [٤] قوله في الأزهار"مَا هُوَ عَلَى حَالِه"[٥] اكتفاء بما سيأتي من التفصيل في ذلك في هذا الفصل الثالث من هذا الفصل [إن شاء الله تعالى] [٦] فقوله[٧] ولا يرجع بنفقته معناه أن المشتري إذ رد المبيع بعيب وقد كان أنفق عليه لم يرجع على البائع بما أنفقه عليه لأنه أنفق على ملكه ولأن العلة في مقابلة النفقة وحذف قوله " وإن[٨] عَلِمَ الْبَائِعُ "[٩] لفهمه من إطلاق العبارة وإنما ذكر ذلك في الأزهار إشارة إلى الخلاف وهو ما حكاه م بالله عن الهادي [عليلم] [١٠] وضعفه أن البائع إذا كان عالماً بالعيب رجع عليه المشتري بما أنفقه للتغرير، والصحيح [للمذهب] [١١] ما ذكره ع وم بالله لنفسه أنه لا يرجع المشتري عليه بالنفقة ولو علم بالعيب وكتمه عن المشتري لما مر .

فائـــــدة: قوله من أولي بصر هو بالباء الموحدة والصاد المهملة مفتوحتين وهو العلم والخبر بالشيء، ولا يقال بصر بضم الباء وسكون الصاد إذ هو الحرف والجانب من كل شيء، فاستعماله في [مثل] [١٢] هذا الموضع خطأ وتصحيف.

تنبيـــــهٌ: ما ذكره في الأثمار وأصله من الضابط لما يرد به المبيع من العيوب قد أحاط بها على جهة الجملة وقد ذكرت على جهة التفصيل مسائل منها أن الاباق والبول في

---

1 - الزيادة من (ب).
2 - الزيادة من (أ) .
3 -الغيث المدرار ج٣(مخطوط) .
4 - الزيادة من (أ).
5 -الأزهار - (١ / ٩٩).
6 - الزيادة من (أ) .
7 - في (ب) "وقوله".
8 - في الأزهار "ولو" بدل "وإن".
9 - الأزهار - (١ / ٩٩).
10 - الزيادة من (أ) .
11 - الزيادة من (ب) .
12 - الزيادة من (ب) .

الفراش عيبان في الرق الكبير لا الصغير، وأما الجنون فعيب فيهما، ومنها انقطاع الحيض والحبل في الجارية إذ يدل على عدم كمال الصحة والحبل في الجارية إذ يدل على عدم كمال الصحة، والحبل في الجارية عيب لا في البهائم، إلا ما يراد به اللحم أو الحمل عليها لا التناسل.

قيل ح: والقول [١/] للمشتري في قصده إذ لا يعرف إلا من جهته [٢].

وقيل ي: الظاهر أن الحبل عيب في الآدميات لا في سائر الحيوانات فمن وافق الظاهر فالقول قوله، وعلى الآخر البينة [٣].

ومنها أن الزواج عيب في الأمة المشتراة، فإن كانت قد طلقت بائناً لم يكن عيباً فإن انقطع حيضها وهي معتدة ثبت الخيار إذ هو عيب.

ومنها وجوب الحد على الرق المبيع بسبب من قبل البيع من زنا أو سرقة أو غيرها.

ومنها البخر إذا كان عوداً وسواء في ذلك العبد والأمة، وإن[٤] كان لا عن داء ففي الأمة التي للوطء فقط، والعود فيهما عيب، وكذا الجرب إذا كثر، وكذا الحرت بالحاء المهملة وآخره تاء مثناة وهو ذهاب شعر أهداب العينين، وكذا الحول فيهما، وكذا الخزر إذا كان خلقه، وهو ضيق[٥] العين وصغرها.[٦]، وهو بفتح الخاء المعجمة والزاي، والتخازر تكلف ذلك وأن ينظر بمؤخر عينه.

قال طفيل الغنوي[٧]:إِذَا تَخَازَرْتُ وَمَا بِي مِنْ خَزَرْ ... [٨]

وكذلك الشعر في جوف العين والأثاليل في وجه الأمة .

قيل ع : إذا كانت للوطء وكذلك الاستحاضة وسلس البول واعتياد الزنا والسرقة وكون الأمة من زنا لا العبد.

وقال ك :

---

1 - نهاية ورقة ٢٢٩ من (ب).
2 - البحر الرائق - (٦ / ٣٧).
3 - شرح الأزهار - (٣ / ١٠٧) .
4 - في (ب)"فإن".
5 - في (ب) "ضعف".
6 - الصحاح للجوهري - (٣ / ٢٠٧) .
7 - هو طفيل بن عوف بن كعب، من بني غني، من قيس عيلان: شاعر جاهلي فحل، من الشجعان، سمي (طفيل الخيل) لكثرة وصفه لها.عاصر النابغة الجعدي، وزهير بن أبي سلمى، ومات بعد مقتل هرم بن سنان نحو ١٣ ق.له (ديوان شعر - ط) صغير. الأعلام للزركلي - (٣ / ٢٢٨) .
8 - ديوان طفيل الغنوي - (١ / ٦٧) بدون ذكر الناشر والطبعة .
والشطر الثاني من البيت(.....** ثمّ كَسَرتُ العَينَ من غير عَوَرْ).

هو عيبٌ فيهما وهو العرف الآن [١].

وكذا كون العبد مؤنثاً والجذام والبرص وإن قلا، والقروح المتخبثة

والعشا[٢] والسعال المزمن، ووجوب القود أو[٣] القصاص وغير ذلك مما لا يكاد ينحصر، ومن ذلك ظهور دعوى في المبيع من الغير إذا كانت بايتة من قبل القبض، وأما حيث لم يظهر إلا بعده فقال أبو مضر:[هي] [٤] كالعيب الحادث عند المشتري [٥].

وقيل ي: بل كالعيب الكامن فيرد بها ولو سكت المدعي عن[٦] دعواه ما لم يسقطها أو يبرأ منها أو يقر ببطلانها، وهذا ما لم يعرف أن الدعوى وقعت بعناية من المشتري حيلة في الرد نحو أن يأمر من يدعي كون المبيع له أو نحو ذلك [٧].

ومن العيوب ما[٨] يكون مختصاً بذلك المشتري نحو أن يظهر كون الأمة المشتراة للوطء رضيعة له أو نحوها ومن ذلك الخلل في الكتابة بزيادة أو نقصان أو لحن إذا كان كثيراً كما مر.

قيل: وأما كبر السن فليس بعيب، وقيل ع: بل العرف أنه عيب يرد به [٩].

قيل ف: إن السنان[١٠] في البهائم مما يعتبر النظر إليه في العادة، فله خيار الرؤية فيها وأثبت ص بالله خيار الغرة ثلاثة أيام [١١].

فائـــــدة : يجب على من باع شيئاً به عيب أن يخبر[به] [١٢] المشتري ولا يكتمه أثم وثبت له الخيار للمشتري لقوله صلى الله عليه وآله "مَنْ غَشَّنَا فَلَيْسَ مِنَّا" رواه مسلم وغيره[١٣]، وكذلك يجب على من حضر البيع وهو عالم بالعيب أن يعلم[/١٤]

---

1 - التاج والإكليل لمختصر خليل - (٧ / ١٥٦) .
2 - هو سوءُ البَصَرِ باللَّيْلِ والنَّهارِ (القاموس المحيط - (١ / ١٦٩١) .
3 - في (ب)"و" .
4 - الزيادة من (أ) .
5 - بيان ابن مظفر (ج٢/٥٨٥) .
6 - في(ب)"عن" .
7 - بيان ابن مظفر (ج٢/٥٨٥) .
8 - في (ب) "بما".
9 - بيان ابن مظفر (ج٢/٥٨٦) .
10 - في (أ)"أسنان".
11 - بيان ابن مظفر (ج٢/٥٨٦) .
12 - الزيادة من (أ).
13 - أخرجه مسلم في صحيحه- كِتَاب الْإِيمَانِ -بَاب قَوْلِ النبي صلى الله عليه وسلم من غَشَّنَا فَلَيْسَ مِنَّا -رقم١٠١(ج١/ص٩٩).
14 - نهاية ورقة ٢٢١ من (أ).

[المشتري به][1] وإلا أثم لحديث وائلة[2] بن الأسقع[3] سمعت رسول الله صلى الله عليه وآله يقول:" لا يحل لأحد أن يبيع شيئاً إلا بين [4] ما فيه ولا يحل لمن يعلم ذلك إلا بينه" رواه الحاكم والبيهقي مع قصة [5].

مســـألة: ومن عيوب الخيل والبغال والحمير امتناعها من الإسراج والتلجيم والانعال وبل المخلة باللعاب، والشرج في الذكور[6] والحِرَان[7] وكثرة التعثر والدواير المذمومة وهي النخال.

قيل: وجملة نُخَال الْخَيْلِ ثمانية عشرة على ما ذكره القاضي أحمد بن عمران بن الفضل الْيَامِيِّ [8] في كتابه الصريح وَهِيَ إمَّا سَعْدٌ كَالَّتِي فِي الْجَبْهَةِ وَالنَّحْرِ ، أَوْ نَحْسٌ كَالَّتِي في الْمَنْسَجِ[9] أو تَحْتَ اللُّبْدَ[10] أَوْ مُتَوَسِّطٍ كَالْحِزَامِيَّةِ وَالذِّرَاعِيَّةِ[11] فَمَا كَانَ منها عيب ينقص القيمة فُسِخَ بِهِ وَإِلَّا فَلَا.

قال الإمام ح:[و] [12] ذلك تَطَيُّرٌ لَا أَصْلَ لَهُ فِي الشَّرْعِ [13].

فائـــــدة: هذا القاضي المذكور مؤلف الصريح من[14] صفات الخيل هو والد السلطان حاتم بن أحمد اليامي [15].

---

1 - في (ب)"به المشتري"بدل ما بين المعقوفتين.

2 - في (ب)"وائل ".

3 - هو واثلة بن الأسقع الليثي أحد فقراء الصفة شهد غزوة تبوك وعاش ثمانيا وتسعين سنة وكان فارسا شجاعا فاضلا توفي في سنة خمس وثمانين وقيل ست . (العبر في خبر من غبر - (١ / ٩٩) بتصرف.

4 - في (ب)" يبين ".

5 - الحاكم في المستدرك على الصحيحين –كتاب البيوع-رقم ٢١٥٧ وقال هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه(ج٢/ص١٢). والبيهقي في السنن الكبرى - كتاب البيوع -باب مدة الخيار في المصراة -رقم١٠٥١٦. والقصة كما قال أبو سباع قال اشتريت ناقة من دار واثلة بن الأسقع فلما خرجت أدركنا واثلة بن الأسقع وهو يجر رداءه قال يا عبد الله اشتريت قلت نعم قال هل بين لك ما فيها قلت وما فيها أنها لسمينة ظاهرة الصحة فقال أردت بها لحما أو أردت بها سفرا قال قلت بل أردت عليها الحج قال فإن بخفها نقبا قال فقال صاحبها أصلحك الله ما تريد إلى هذا تفسد علي قال إني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من باع شيئا فلا يحل له حتى يبين ما فيه ولا يحل لمن يعلم ذلك أن لا يبينه"(ج٥/ص٣٢٠).

6 - في (ب)" الركوب".

7 - الحِرانُ، بالكسْرِ، (فهي حَرونٌ، وهي التي إذا استُدِرَّ جَرْيُها وقَفَتْ. تاج العروس من جواهر القاموس (٣٤ / ٤٠٦).

8 -لم أعثر على ترجمة مستقلة له ويكتفى بترجمة المصنف .

9 -المنسج بكسر الميم: للفرس بمنزلة الكاهل للإنسان، والجارك من البعير (لسان العرب - (١١ / ٦٠٠).

10 - في البحر "اللبدة".

11 -في البحر "الزراعية".

12 - الزيادة من (أ) .

13 - البحر الزخار - (٨ / ٣٠٨) .

14 - في (ب)"في " .

15 - هو حاتم بن أحمد بن عمران اليامي، كان عالماً باللغة محققاً حافظاً لأيام العرب وأمثالها وأشعارها توفي سنة ٥٥٦هـ. مطلع البدور ومجمع البحور - (١ / ٥٢٥).

قيل : وكان عالماً شاعراً فارساً وله تأليفات وأشعار جيدة [و] [١] منها قوله في قصيدة :

وقد اغتذى والليل داجٍ عرائق ... وقد طلع الشرطان واعتدل النسر

وما اعترض الفجر المنير ولا بدا ... سنا ذنب السرجان بل عربي الفجر

بذي منعة نهدٍ وقاحٍ مطهَّم ... سواء عليه البدن في الجري والضمر

أحم السوى والذيل غير محجل ... فيضعفه ركض الفراسخ والوعر

نبا ظهره والعصر بان وعينه ... واشرف منه النحص واتسع النحر

وحسب رجلاه واصفي عسيبه ... وزين يعرض الخد وانهرت الشجر

وطال ذراعاه وأرحب جوفه ... وسحنت الانساءُ واعتدل الظهر

فصبر له عشر وعشر جديده ... طويل له عشر عريض له عشر

والعض عيب في البهائم كلها ... وكذا كثرة النفخ لا النادر[٢].

مســـألة: ومن عيوب الإبل العُر بضم العين، وهو داء في مشافرها تداوى منه بكيّ الصحيح عندها فتبرأ [٣].

قال النابغة [الذبياني] [٤] [٥]:

وَحَمَّلْتَنِي ذَنْبَ امْرِىءٍ وَتَرَكْتَهُ ... كَذِي الْعُرِّ يُكْوَى غَيْرُهُ وَهْوَ رَاتِعُ [٦]

وأما العَر بفتح العين فهو الجرب [٧]، وهو من العيوب أيضاً إذا كثر ومن عيوبها السعر وهو الهيام، ويقال إنه يعدي وفي البقر النطح والامتناع من تعليق أداة الحرث والربوض حاله وفي الغنم الدوار والطلب وغير ذلك مما هو متعارف عند أهل الخبرة بأجناسها.

مسألة: وعيوب الدور والأراضي

---

1 - الزيادة من (أ) .
2 - لم أعثر على مرجع .
3 - الصحاح للجوهري - (٣ / ٣٠٦).
4 - الزيادة من (أ) .
5 - هو زياد بن معاوية بن ضباب الذبياني الغطفاني المضري، أبو أمامة: شاعر جاهلي، من الطبقة الأولى توفي نحو ١٨ ق هـ. الأعلام للزركلي - (٣ / ٥٤) .
6 - ديوان النابغة الذبياني - (١ / ٥٩)بدون ذكر الناشر ولا الطبعة .
7 - الصحاح للجوهري - (٣ / ٣٠٦).

[ظاهرة] [1] ومنها أن يكون فيها عادة للظلمة أو حق للغير كطريق أو ممر ما أو نحو ذلك والله أعلم.

1 - الزيادة من (أ) .

"فَصْـــــــلٌ"

[ما يمتنع به رد المبيع بالعيب]

لَا رَدَّ وَلَا أَرْشَ إن تقدم علمه " هذا الفصل في بيان ما يمتنع به رد [المبيع] [1] بالعيب وما يبطل به الرجوع بالأرش وجملة ذلك على سبعة أمور:

أولها: أن يتقدم علم المشتري بعيب المبيع على عقد البيع فإذا تقدم علمه بذلك لم يستحق رداً ولا أرشا .

قوله عليلم : **ولَوْ أُخْبِرَ بِزَوَالِ مَا يَتَكَرَّرُ** " أي ولو أخبر المشتري بزوال العيب قيل عقد البيع إذا كان ذلك العيب مما يتكرر كالصرع وحما الرتع فإن خياره يبطل أيضاً، والوجه في ذلك أن معرفته متكرره كمعرفته باستمراره فكما يبطل خياره إذا اشتراه وهو عالم بأن العيب مستمر فيه كذلك حيث [٢/] اشتراه وهو زائل عنه لكنه يعلم أنه يتكرر وأما إذا كان مما لا يعود بعد زواله في العادة كالجدري وأخبر بزواله ثم عاد معه فإنه يستحق الرد به لانكشاف أنه كامن في بذر الرقيق من قبل البيع، ومثل ذلك يستحق به الرد .

قوله عليلم: " **أَوْ رَضِيَ ولَوْ بِالصَّحِيحِ مِنْهُ**"هذا ثاني الأمور المذكورة وهو أن يرضى المشتري بالمبيع المعيب بعد اطلاعه على عيبه ولو كان المبيع بعضه معيباً وبعضه سليماً من العيب فرضي بالسليم دون المعيب بطل خياره في الجميع ولزمه المبيع كله، ولم يستحق أرشا للبعض المعيب، وليس له أن يفرق الصفقة على البائع بأن يأخذ الصحيح ويرد العيب هذا مذهبنا وهو أحد قولي ش.

وقوله الآخر، وهو قول عبدالله[3] بن الحسن له أن يفرق الصفقة فيأخذ الصحيح ويرد المعيب [4].

قلنا: في ذلك إضرار بالبائع[5] ولا فرق بين أن يتميز ثمن كل واحد من المعيب، والصحيح كأن يشتري ثوبين في عقد واحد كل واحد بعشرة فينكشف أحدهما معيباً دون الآخر، أم لم يتميز، كأن يشتريهما كليهما بعشرة فإن الحكم واحد في [عدم] [6] جواز تفريق الصفقة على المختار للمذهب .

---

1 - الزيادة من (ب) .
2 - نهاية ورقة ٢٣٠ من (ب).
3 - في (أ)"عبيدالله "والصحيح ما أثبته .
4 - البحر الزخار - (٨ / ٣٣١)و المجموع - (١٠ / ١٢٤) .
5 - في (ب)"على البائع " .
6 - الزيادة من (ب) .

وقال في الزوائد: لمذهب الهادي عليلم في المنتخب، وأبي[١] جعفر، وابن أصفهان أن يرد المعيب وتفرق الصفقة إذا تميزت الأثمان لأن تميز الأثمان كتميز العقود والصحيح عدم الفرق والله أعلم [٢].

[قوله عليلم] [٣]: "**أَوْ زَالَ مَعَهُ**" هذا ثالث الأمور المذكورة وهو أن يقبض المشتري المبيع وهو غير عالم بعيبه فزال العيب معه بعد قبضه فإن خياره يبطل بزوال العيب وسواء زال العيب بعلاجٍ أم بغيره، وكذا لو أصلحه البائع قبل تسليمه فإنه يبطل الرد بذلك ولا يأثم البائع على الأصح إذ الواجب عليه تسليم المبيع على ما أوجبه العقد وقد فعل .

قوله عليلم " **أَوْ طَلَبَ الْإِقَالَةَ**"هذا رابع الأمور المذكورة وهو أن يطلب المشتري الإقالة من البائع في المبيع بعد اطلاعه على عيبه فإن ذلك يكون بمنزلة الرضا بالعيب فلا يصح منه رده ولا يستحق أرشاً لأن الإقالة كالبيع، ولو عرضه للبيع بعد اطلاعه على العيب بطل خياره بذلك، فأما لو طلب الإقالة قبل علمه بالعيب فإن ذلك لا يكون رضا فإذا[٤] ادعى جهل حكم طلب الإقالة في كونه رضا لم يسمع دعواه ذكره م بالله في الزيادات واختلف المذاكرون هل يبطل بذلك خياره في الباطن أو لا يبطل [٥] ؟

قوله عليلم: "**أَوْ عَالَجَ** "هذا خامس تلك الأمور، وهو أن يطلع المشتري على العيب فيعالجه بدواء أو غيره ليزول فإنه يبطل بذلك الرد والأرش لأنه بمنزلة الرضا لأنه لو لم يرض ببقائه لم يعن نفسه في علاجه فأما [٦/]حيث يحدث[٧] به عنده مرض فداواه منه ليرده بالمرض الأول فإن ذلك لا يكون رضا فيكون له رده بالعيب الأول والوجه ظاهر .

قوله عليلم: " **أَوْ تَصَرَّفَ**"وهذا سادس الأمور وهو أن يتصرف المشتري في المبيع المعيب أي تصرف بعد إطلاعه على عيبه فإن ذلك يبطل خياره فلا يستحق رداً ولا أرشاً لأن ذلك بمنزلة الرضا وذلك نحو أن يطأ الجارية أو يقبلها أو يستخدم [العبد] [٨] زائداً على ما يستخدم فيه عند الغير أو يأمر العبد ببيع أو شراء أو يعرضه للمبيع لا لمعرفة ثمنه أو

---

1 - في (ب)"وأبو ".
2 - شرح الأزهار - (٣ / ١٠٨) .
3 - الزيادة من (أ) .
4 - في (ب)"فإن ".
5 - الزيادات للمؤيد بالله جمعها الشيخ أبو القاسم بن تال(خ) .
6 - نهاية ورقة٢٢٢ من (أ).
7 - في (ب)"حدث " .
8 - الزيادة من (أ) .

يركب لا لعلفه[1] أو سقي أو رد أو يلبس الثوب ولو لرده أو تخرجه عن ملكه أو يؤجره أو يرهنه أو يعيره أو نحو ذلك .

قوله عليلم :" **أَوْ تَبَرَّأَ الْبَائِعُ**" هذا سابع الأمور التي يبطل الرد والأرش بكل واحد منها وهو آخرها وذلك حيث تبرأ البائع من جنس معين من العيوب نحو أن يقول بعت هذا على أني بريء من العيب الذي فيه ويذكر جنسه فيبرأ من جميع ذلك الجنس، وكذا حيث يبرأ من قدر معلوم من جنس، وانكشف الأمر على ما ذكر، نحو أن يقول بعت منك هذه الأرض على أني بريء من ثلاث صخرات فيها، فيطابق ما ذكره فإنه يبرأ بذلك ويبطل خيار المشتري .

قوله عليلم: " **غَالِبًا في الأربع** "يعني في الأربع المسائل المتأخرة وهي طلب الإقالة وما بعدها وأراد بذلك الاحتراز من بعض صورها فإنه لا يبطل فيها خيار المشتري أما في الإقالة فحيث يطلبه الإقالة قبل أن يعلم بالعيب فإن خياره لا يبطل بذلك كما تقدم في الشرح.

وأما في مسألة العلاج فاحترز فيها من ثلاث صور:

أحدها: لو عالج المشتري المبيع قبل العلم فإنه لا يكون رضا ثانيها: أن يعالجه بإذن البائع فإنه لا يكون رضا .

ثالثها: أن يعالجه من عيب حدث عنده ليرده بعيبه الأول فإن ذلك أيضاً لا يكون رضا كما تقدم، وأما مسألة التصرف فاحترز فيها من أن يستخدم العبد شيئاً يسيراً كما تقدم، فإن ذلك لا يكون رضا ومن أن يعرضه للبيع ليعرف الغلاء والرخص كما تقدم ومن أن يركبه لمصلحته كما تقدم أيضاً، ومن أن يتصرف فيه قبل العلم بعيبه وأما مسألة التبري فيحترز فيها ما لو تبرأ البائع من جنس [غير] [2] معين فإن هذا التبري لا يصح ولا يفيد وقد تقدم الكلام في جميع هذه الصور.

قال في الشرح: وإنما عدل المؤلف عليلم عن عبارة الأزهار في هذه المسائل المتقدمة ليحترز بغالباً عن هذه الصورة[3] التي تقدمت ولأن عبارة الأثمار شاملة لجميع الصور بخلاف عبارة الأزهار ولأنها توهم أن العلم قيد للتصرف فقط لا للمعالجة وطلب الإقالة إذ لو قيل برجوعه إليهما أيضاً لزم رجوعه إلى قوله" أو زال معه" لأنه أقرب منهما ولأن قوله في الأزهار " أَوْ تَبَرَّأَ الْبَائِعُ مِنْ جِنْسٍ عَيَّنَهُ "[4]

---

1 - في (ب)"لعلف ".
2 - الزيادة من (ب) .
3 - في (ب)"الصور ".
4 - الأزهار - (١ / ٩٩).

[يوهم] [١] أنه لا بد أن يعين ذلك الجنس بأن يقول هذا وليس كذلك فعرفت صحة عبارة الأثمار وشمولها للمقصود نفياً وإثباتا مع اختصار مع كونها تحتمل من التفسير أكثر مما ذكر آنفاً انتهى بلفظه .

[و] [٢] قوله عليلم: " **وما عقد على براءة من مستقبل أو التزام به فسد** " أي ما عقد من البيوع على البراءة مما يحدث [من العيوب في المبيع] [٣] [٤/] قبل قبض المشتري له نحو أن يقول بعت منك هذا الشيء [بكذى] [٥] على أني بريء مما يحدث فيه من عيب قبل أن أسلمه[٦] إليك فإن العقد يفسد بذلك لرفعه موجب العقد إذ من موجبه أنه مضمون على البائع حتى يقبضه المشتري وقد علل فساده بغير ذلك والله أعلم .

وكذا إذا عقد البيع على التزام البائع بما يحدث من عيب في المبيع في المستقبل فإن العقد يفسد أيضاً بهذا الالتزام وصورة ذلك أن يقول بعت منك هذا الشيء بكذا على أني ملتزم بما يحدث فيه من عيب فإن العقد يفسد بذلك وعلله في الشرح بالجهالة وكأنه يعني جهالة مدة الالتزام وذكر ما معناه أن هذه المسألة متفرعة على ما ذكره الهادي عليلم في مسألة اشتراط رد الثمن إن ابق العبد المبيع وهو معروفة ثم قال والمؤلف عليلم اختار أنه إن كان التزاماً فسد البيع وإن كان على رد الثمن فإن كان الوقت غير معين فسد أيضاً لأنه لا يلزم البائع حكم العيب إلا إذا حدث قبل القبض ومن ذلك لو شرط البائع على المشتري البائع أنه ملتزم بما لزمه في المستقبل فإن ذلك يفسد العقد ونحو ذلك فافهم .

وإنما عدل المؤلف عليلم عن قوله في الأزهار " لَا مِمَّا حَدَثَ قَبْلَ الْقَبْضِ فَيَفْسُدُ "[٧] لأن ذلك إنما يفسد إذا كان شرطاً أو ليدخل فيه الالتزام مع الشرط انتهى بلفظه.

ولا يستغنى عن تأمل والله الموفق.

1 - الزيادة من (ب) .
2 - الزيادة من (ب) .
3 - في (ب)"في المبيع من العيوب "بدل ما بين المعقوفتين .
4 - نهاية ورقة ٢٣١ من (ب).
5 - الزيادة من (ب).
6 - الزيادة من (ب).
7 - الأزهار - (١ / ٩٩).

"فَصْـــلٌ"

[الوجوه التي يبطل بها الرد ويستحق الأرش]

وَيَسْتَحِقُّ الْأَرْشَ لَا الرَّدَّ بتلف أيه ولو حكماً وبَعْدَ امْتِنَاعِ الْبَائِعِ عن نحو قبض غالباً

"هذا الفصل يتضمن ذكر الوجوه التي يبطل بها الرد ويستحق الأرش وهي أربعة:

أولها: أن يتلف المبيع أو شيء منه في يد المشتري فلا يكون له فسخه بالعيب لكن له المطالبة بالأرش هذا مقتضى كلام أهل المذهب وقد ذكروا من ذلك مسائل منها :

أن يشتري طعاماً في فيأكل بعضه قبل العلم بعيبه .

ومنها: أن يكون المبيع حيواناً فيقتله غير المشتري في يده .

قال في الغيث: وسواء كان المشتري قد اطلع على العيب أم[١] لم يطلع، إذا لم يكن بعد الاطلاع قد رضي ولا وقع منه ما يجري مجرى الرضا، بخلاف الطعام إذا أكل منه بعد العلم[٢] بالعيب فإن ذلك رضا فلا يرجع بالأرش، فأما إذا لم يطلع على العيب حتى أكل البعض فله أن يأكل الباقي ويرجع بالأرش لأنه قد بطل الرد بأكل البعض وتعين الأرش .

ومنها : قالوا إذا قبل المشتري العبد قبل أن يعلم بعيبه ثم علم [بعد] [٣] ذلك كان له أن يرجع بأرش نقصان العيب عند المؤيد فأما أبو طالب فأشار إلى أنه لا يرجع.

قيل ح: ولعله يجعل ذلك عقوبة له في عمد لا في الخطأ وقيل: لأنه قرره في ملكه فلا فرق بين العمد والخطأ حينئذ.

قيل [ع] [٤]: والصحيح كلام م بالله [٥/أ] وهو مقتضى عبارة الأزهار والأثمار [٦].

قال في الغيث: **واعلم** أن الأرش المقدر في العيب إذا بطل الرد هو أن يقوم المبيع صحيحاً ومعيباً ويرجع بقدر نقصان القيمة من الثمن فلو قوم المبيع صحيحاً بستين ديناراً ومعيباً بأربعين ديناراً وثمنه ثلاثون فإنه ينقص من الثمن الذي هو ثلاثون قدر الثلث منه وهو عشرة دنانير وعلى هذا فقس .

---

1 - في(ب) " أو ".
2 - في(ب) "علمه ".
3 - الزيادة من (ب).
4 - الزيادة من(أ).
5 - نهاية ورقة ٢٢٣ من (أ).
6 - الغيث المدرار ج٣ (خ) .

ثم قال وقال ع: أما إذا أتلف المبيع غير المشتري فاعتاض المشتري من الجاني قبل أن يأخذ الأرش من البائع سقط الأرش وقال ط: إذا أتلفه المشتري لم يرجع بالأرش [١].

وحذف قوله: " إِلَّا بِالرِّضَاءِ "[٢] لعدم الحاجة.

وقوله: "ولو حكماً" معناه ولو أتلف المشتري المبيع حكماً نحو أن يقفه أو يبيعه أو نحوهما كما سيأتي.

وقوله: "وبعد امتناع البائع" إلى آخره يعني ولو تلف المبيع أو بعضه بعد امتناع البائع عن قبض المبيع بعد فسخ المشتري له بالعيب فإنه يتلف من مال المشتري، ويرجع على البائع بأرش العيب فقط، فأما لو قال المشتري رددت عليك فقال البائع قبلت وحصلت التخلية فإنه يتلف من مال البائع، وهذه المسألة مبنية على أصل وهو أن الرد بالعيب لا يقع إلا بحكم أو تراض.

وعند الناصر وص بالله وش: لا يحتاج إلى حكم ولا تراض فيتلف من مال البائع وإن لم يقبل [٣].

حجتنا أن المشتري قد ملكه، ولا يبطل هذا[٤] الملك و[لا] [٥] يخرج إلى ملك آخر بمجرد التخلية وقول المشتري رددت حتى يقبل البائع أو ينوب [عنه الحاكم] [٦] في القبول لأنه يحدد ملك آخر والقبض بمنزلة القبول من البائع وكذا قول الحاكم خل بينه وبينه بعد الحكم بالعيب.

وقوله "غالباً"احتراز من صور:

الأولى :أن يتلف المشتري المبيع أو بعضه بعد العلم بالعيب فإن ذلك رضا فلا يستحق أرشاً ولا رداً.

الثانية: أن يخرجه المشتري عن ملكه ثم يرد عليه بحكم فإنه لا يبطل استحقاق الرد بل يثبت له الرد لأن الحكم إبطال لأصل العقد فكأنه لم يكن.

الثالثة : أن يتلف المبيع بعد التخلية بأمر الحاكم فإنه يتلف من مال البائع .

---

1 - المرجع السابق.
2 - " الأزهار - (١ / ١٠٠).
3 - شرح الأزهار - (٣ / ١١٩).
4 - في(ب) " هنا ".
5 - الزيادة من(ب).
6 - في(ب) " الحاكم عنه "بدل ما بين المعقوفتين.

الرابع: أن يكون ذلك الاستهلاك بأمرٍ يمكن انفصاله فإنه يثبت فيه الخيار الذي سيأتي هكذا في شرح الأثمار وقد تقدم ما يتضمن بعض معناه.

قوله عليلم: "**وبتعيبه معه بجناية مضمونة غالباً** " هذا الأمر الثاني مما يستحق به الأرش دون الرد وهو أن يتعيب المبيع في يد المشتري عيباً آخر غير الأول فإن الرد يبطل بذلك ويتعين الأرش وإنما يبطل الرد بشروط ثلاثة :

الأول: أن يحدث ذلك العيب مع المشتري يعني بعد قبضه للمبيع فلو حدث قبل أن يقبضه كان له رده .

الشرط الثاني: أن يكون حدوثه معه بجناية فلو حدث لا عن جناية كاستعمال من لبس الثوب أو زرع الأرض أو[١] نحوهما لم يبطل الخيار كما سيأتي.

الشرط الثالث: أن تكون تلك الجناية مضمونة، فلو كانت بآفة سماوية أو جناية ما جُرْحُهُ جُبارٌ [٢] كالسبع وكالبهيمة غير العقور أو العقور الذي قد حفظ [٣/] مثله، لم يبطل الرد بها هذا هو المذهب وهو قول الهادوية ومالك وأحمد [٤].

وقال م بالله[٥] وش: يبطل الرد بحدوث العيب مطلقاً ويستحق الأرش فقط [٦].

وقال ع: إذا كانت الجناية من غير المشتري لم يصح الرد ولو تراضيا به [٧].

وقوله: "غالباً "احتراز من صور:

الأولى: أن يكون الجناية لا يعرف العيب إلا بها كذبح الشاة التي عيبها في باطنها وتقطيع الثوب الذي لا يمكن لبسه إلا بعد تقطيعه كالابراد الطوال فإنه يكون له الرد ويستلم أرش الذبح والتقطيع، فأما ما يمكن في العادة لبسه من دون تقطيع فتقطيعه جناية فيبطل به الرد ويستحق [به] [٨] الأرش .

الصورة الثانية: أن يختار البائع أخذ المبيع من دون أرش حيث قد وقع فيه مع المشري حياته مضمونة فإن ذلك لا يمنع الرد والاحتراز في هاتين الصورتين من المنطوق .

---

1 - في(ب) " و ".
2 - وهو الذي لا أرش فيه ولا قصاص (حاشية شرح الأزهار - (٣ / ١١٤).
3 - نهاية ورقة ٢٣٢ من (ب).
4 - البحر الزخار - (٨ / ٣٥٨).و التاج والإكليل لمختصر خليل (٧ / ٢٢٦).و الإنصاف للمرداوي - (٤ / ٤٦٤) .
5 - في(ب) " المؤلف ".
6 - شرح الأزهار - (٣ / ١١٤) .
7 -الغيث المدرار ج٣(خ) .
8 - الزيادة من(ب).

الصورة الثالثة: أن يجني المشتري على المبيع المعيب قبل أن يقبضه، فإن الرد يمتنع بذلك مع أن الجناية وقعت لا مع المشتري فهده من عموم المفهوم هكذا في الشرح [1].

قوله عليلم: " **وَفِي غيرها يُخَيَّرُ قيل غالباً بَيْنَ أَخْذِه وأَرْشُ الْقَدِيمِ أَوْ رَدِّهِ وأَرْشَ الحادث عنده غالباً** " أي وفي غير ما اجتمعت فيه الشروط المذكورة يخير المشتري في[2] ذلك نحو أن لا يكون العيب الحادث بجناية بل باستعمال أو بآفة سماوية أو بجناية من لا تضمن جنايته أو بجناية لا يعرف العيب من دونها كما تقدم فإن المشتري يخير في هذه الصورتين [بين] [3] أخذ المبيع [المعيب] [4] وأرش العيب القديم وبين رده للبائع مع أرش العيب الحادث عنده.

قوله: "غالباً" احتراز من صورتين إحداهما أن يختار البائع أخذ المبيع بلا أرش حيث وقعت عليه جناية غير مضمونة .

والثانية: أن يحدث العيب مع المشتري عن سبب قبل القبض فلا شيء على المشتري [بل] [5] إن شاء أخذ المبيع وطلب أرش القديم وإن شاء رد المبيع من دون أرش للعيب الحادث لأن سببه وجد عند البائع وذلك نحو أن يشتري جارية حاملاً فينكشف [أن] [6] فيها عيباً[7] ثم ولدت عنده فحصل[8] فيها نقصان بسبب الولادة فإن العيب الحادث بالولادة متولد عن سبب كان مع البائع، وهو الوطء وإن[9] شاء المشتري أخذها وأرش العيب القديم، وإن شاء ردها من دون أرش للعيب الحادث .

تنبيـــــهٌ: لو قال البائع أنا آخذ المبيع وأرش الحديث أو من دون أرش، وقال المشتري: بل أنا آخذ المبيع وأرش القديم، أو من دون أرش[فحيث طلب كل واحد منهما أخذ المبيع مع الأرش، أو من دون أرش] [10] فَالْمُشْتَرِي أَوْلَى وإن طلب أحدهما [أخذ الأرش][11] والآخر من دون أرش فَالْمُسْقِطُ أَوْلَى هذا هو المصحح[12] للمذهب.

---

1 -الجامع في الشرح(خ).
2 - في(ب) " و ".
3 - الزيادة من(ب).
4 - الزيادة من (ب) .
5 - الزيادة من(أ) .
6 - الزيادة من(أ) .
7 - في(ب)"عيب" .
8 - في(ب)"فحدث" .
9 - في(ب)"فإن".
10 - الزيادة من(أ) .
11 - في(ب)"الأخذ بالأرش" بدل ما بين المعقوفتين.
12 - في(ب)"الصحيح".

قيل: وعند ح وأصحابه وهو الذي يقتضيه مذهب م بالله أن المبيع يكون للمشتري وله الأرش ولا رد [١].

قال في الشرح :وقوله "آنفاً" قيل غالباً احتراز من بعض الصور فلا يثبت له الخيار وذلك نحو أن يختار الأرش في[٢] غير حضرة البائع فليس له ذلك، وهذا القيل ذكره الإمام محمد بن علي السراجي[٣/أ]،وذكره المؤلف[عليلم] [٤] لغرابته وصحته ووجهه أنه إذا كان البائع غايباً فهو يجوز أنه يمتنع من تسليم الأرش، ويختار إرجاع المبيع المعيب بلا أرش للحديث، وإنما عدل عن قوله في الأزهار " وَفِي عَكْسِهَا "[٥] إلى قوله "وفي غيرها" لأن هذه الأشياء ليست عكساً حقيقة" انتهى بلفظه.

وقد يقال لا فرق في ذلك بين غيبة البائع وحضوره والله أعلم.

فـــــرعٌ: وما فسخ بالعيب لزم رد ثمنه جميعاً وإن كان المشتري قد استعمله لقوله صلى الله عليه وآله " الخراج بالضمان "[٦] وسيأتي وليس للمشتري اختيار الأرش حيث له الرد عل الصحيح إذ أمر النبي صلى الله عليه وآله برد الغلام في حديث عائشة فاقتضى أنه الواجب، ولفظه فيما أخرجه أبو داود عن عائشة قالت أَنَّ رَجُلًا ابْتَاعَ غُلَامًا فَأَقَامَ عِنْدَهُ ما شَاءَ الله أَنْ يُقِيمَ ثُمَّ وَجَدَ بِهِ عَيْبًا فَخَاصَمَهُ إلى رسول الله صلى الله عليه وآله فَرَدَّهُ عليه فقال الرَّجُلُ يا رَسُولَ اللَّهِ قد اسْتَغَلَّ غُلَامِي فقال صلى الله عليه وآله[٧]الْخَرَاجُ بِالضَّمَانِ"[٨] .

فـــــرعٌ: ومن استقال في شيء ثم وجد فيه عيباً حدث مع المشتري فله رده كلو اشتراه.

قال الإمام ح: وسواء جعلنا الإقالة بيعاً أم فسخاً إذ الواجب في الفسخ رد المبيع كما قبض [٩].

[و] [١٠] قوله عليلم:" **فإن زال أحدهما فالتبس تعين الأرش** " يعني فإن زال أحد العيبين فالتبس أهو القديم أم الحديث فقال البائع هو القديم فلا خيار للمشتري.

---

1 - البحر الزخار (٨ / ٣٥٨) .
2 - في(ب)"من" .
3 - نهاية ورقة ٢٢٤ من (أ).
4 - الزيادة من (أ) .
5 - الأزهار - (١ / ١٠٠).
6 - سبق تخريجه ص٦٠٥ .
7 - في(ب)"رسول الله" .
8 - أخرجه أبو داود في سننه-كتاب الْإِجَارَةِ - بَاب فِيمَنْ اشْتَرَى عَبْدًا فَاسْتَعْمَلَهُ ثُمَّ وَجَدَ بِهِ عَيْبًا - رقم٣٥١٠ (ج٣/ص٢٨٤). قال أبو دَاوُد تعليقاً على إسناد الحديث: هذا إِسْنَادٌ ليس بِذَاكَ . وحسنه الألباني ينظر صحيح وضعيف سنن أبي داود – رقم ٣٥١٠.
9 -الغيث المدرار ج٣(خ) .
10 - الزيادة من(ب) .

وقال المشتري: بل هو الحديث فلي الخيار فإنه يتعين أرش العيب القديم للمشتري ويمتنع الرد للمبيع.

قال في الغيث: ذكره الفقيه س في تذكرته وهو قوي عندي لأن فيه إعطاء كل واحد من الخصمين بعض ما طلبه فكان كالقسمة بين المتداعيين بيان ذلك أنا أسقطنا على المشتري حق الرد، وأثبتنا له أخذ الأرش وأسقطنا على البائع طلب أرش العيب الحديث(١) وأثبتنا له حق نفوذ البيع والامتناع من الرد فكان في ذلك وفاء بالحقين انتهى (٢).

وعلله المؤلف عليلم بأن كل واحد من البائع والمشتري مدعي خلاف الأصل إذا المشتري مدعٍ زوال العيب الحادث معه والأصل بقاؤه فيبطل الرد والبائع مدعي زوال العيب القديم والأصل بقاؤه فلزم الأرش وتعين لبطلان الرد فكان في ذلك وفاء بالحقين .

قوله عليلم: " **وَوَطْؤُهُ وَنَحْوُهُ جِنَايَةٌ**"أي وطء المشتري للأمة المبيعة قبل العلم بعيبها جناية منه فيبطل الرد ويتعين الأرش [و] (٣) سواء علقت أم لم تعلق وسواء كانت بكراً أم ثيباً وأراد بنحو الوطء التقبيل واللمس لشهوة وأما إذا وطئها غير المشتري فالمصحح(٤) للمذهب أنها إن كانت بكراً مكرهة امتنع الرد لأنها جناية مضمونة وإن كانت مطاوعة [٥/] فالأقرب أنه كذلك لحصول النقصان وإن كانت ثيباً لم يمتنع الرد لأنها غير مضمونة ولا فرق بين أن يكون وطئ غير المشتري عن تزويج أو زنا.

وقال ك: الوطء لا يمنع الرد مطلقاً لكن إن كانت بكراً رد معها قدر ما نقص من قيمتها، وإن كانت ثيباً ردها بلا شيء (٦).

وقال ابن أبي ليلى: يردها مع مهر مثلها بكراً كانت أم ثيباً (٧).

وقال ش والبتي: إن كانت بكراً بطل الرد وإن كانت ثيباً لم يبطل [ولا أرش] (٨) (٩)، وظاهر كلامهم عد الفرق بين أن يكون الواطئ هو المشتري أم غيره .

---

1 - في(ب)"الحادث".
2 - الغيث المدرار ج٣ (خ) .
3 - الزيادة من(ب).
4 - في(ب)"الصحيح".
5 - نهاية ورقة ٢٣٣ من (ب).
6 - بداية المجتهد - (٢ / ١٤٦).
7 - المرجع السابق.
8 - في(ب)"الأرش"بدل ما بين المعقوفتين .
9 - بداية المجتهد - (٢ / ١٤٦).

وقال ح: إذا كان الواطئ غيره خير البائع بين أخذها ورد جميع الثمن أو تسليم أرش العيب [١].

حجة أهل المذهب: ما رواه في أصول الأحكام عن زيد بن علي عن آبائه[٢] عن علي عليهم السلام في رجل اشترى جارية فوطئها ثم وجد بها عيباً فألزمها المشتري ثم قضى [له] [٣] على البائع بعشر الثمن.

قال زيد بن علي: كان نقصان العيب العشر انتهى [٤].

وحجة من أجاز الرد ما روي عن [ابن] [٥]عمر أنه حكم بردها ورد عشر ثمنها حكاه في أصول الأحكام أيضاً، [٦] ولا يمتنع الرد بالتراضي حيث لا يجب خلافاً لأع.

وفي البحر ما لفظه "قُلْت : الْأَقْرَبُ لِلْمَذْهَبِ أَنَّ [وَطْءَ] [٧] غَيْرِ الْمُشْتَرِي مَعَهُ ، إنَّمَا يَمْنَعُ رَدَّ الْبِكْرِ لنقص عيبها[٨]، أَوْ الثَّيِّبِ حَيْثُ وجب [٩] الْمَهْرُ ، إذْ هُوَ كَجِنَايَةٍ ضُمِنَتْ ، وَحَيْثُ لَا مَهْرَ، كَالزِّنَا بِالثَّيِّبِ لَا يَمْنَعُ الرَّدَّ ، إذْ هوَ[١٠] جِنَايَةٌ[١١] غَيْرُ مَضْمُونَةٍ " انتهى[١٢].

مسألة : "وإذا وطئها البائع قبل تسليمها خير المشتري إذ لو لزمته لزم البائع الحد أو المهر والإجماع أنهما ساقطان هذا مذهب القاسمية وهو قول أبي يوسف ومحمد [١٣].

وقال ح: لا خيار بل يلزم البائع أرش البكر لا الثيب ولا مهر إذ الخراج بالضمان فلا خيار للمشتري كلو استخدمها البائع [١٤].

قلنا: هذا هو القياس لولا استلزامه الحد أو المهر، والإجماع على سقوطهما كما مر.

وقال ص بالله والإمام ح: لَا مَهْرَ إذْ الْخَرَاجُ بِالضَّمَانِ ، وَيَثْبُتُ النَّسَبُ لِشُبْهَةِ الْمِلْكِ، وَهِيَ أَنَّ الْقَبْضَ مِنْ تَمَامِ الْعَقْدِ ، تلف المبيع قَبْلَهُ مِنْ مَالِ الْبَائِعِ وَتَصِيرُ أَمَّ وَلَدٍ فَيَنْفَسِخُ الْعَقْدُ.

---

1 - رد المحتار - (١٨ / ٤٤٥) .
2 - أي أبيه وجده.
3 - سقط من(ب) .
4 - أصول الأحكام في الحلال والحرام - (٢ / ٥٦) .
5 - الزيادة من(أ) .
6 - أصول الأحكام في الحلال والحرام - (٢ / ٥٧) .
7 - سقط من (ب).
8 - في البحر " لِنُقْصَانِ ثَمَنِهَا ".
9 - في البحر "لَزِمَ ".
10 - في البحر "هي ".
11 - في(أ)"كجناية".
12 - البحر الزخار (٨ / ٣٢٣).
13 - البحر الزخار - (٨ / ٣٢١) والمبسوط - (٦ / ٢٢٩) .
14 - المبسوط - (٦ / ٢٢٩).

قُلْنَا: لَا نُسَلِّمُ شُبْهَةَ الْمِلْكِ ، بِدَلِيلِ وُجُوبِ الْكِرَاءِ، وَهَذِهِ مَخْصُوصَةٌ بِالْإِجْمَاعِ مَعَ أَنَّهُ قَدْ قِيلَ: بِلُزُومِ الْعُقْرِ وَهُوَ الْقِيَاسُ إنْ لَمْ يَمْنَعْ [مانع] [١] منه إجْمَاعٌ [٢].

وإن وُطِئَتْ فِي يَدِ الْبَائِعِ بِشُبْهَةٍ لَمْ يَكُنْ لَهُ الْخِيَارُ فِي رَدِّ الثَّمَنِ وَإِمْسَاكِهَا، إذْ يَبْطُلُ بِهِ حَقُّ الْمُشْتَرِي مِنْ الْعُقْرِ بَلْ الْخِيَارُ لِلْمُشْتَرِي ذكر معنى ذلك جميعه في البحر [٣].

قوله عليلم: " **وبِزِيَادَتِهِ معه بِفِعْلِهِ** " هذا الأمر الرابع مما يبطل [به] [٤] الرد لا الأرش، وهو أن يطلع المشتري على العيب وقد زاد المبيع عنده بفعله نحو أن يصبغ الثوب أو يحرث الأرض، أو يطحن الحب أو يلت السويق بعسل أو نحوه، أو يقصر الثوب، أو يصقل السيف، أو يدبغ الجلد، أو نحو ذلك، فإن الرد يمتنع بذلك ويستحق المشتري أرش العيب .

قال في الغيث: وإنما بطل الرد هنا لأنه لا يجب على البائع أن يقبض ملكه زائداً قدراً أو وصفة كما لا يجب على من عجل له أن يقبل المعجل [الزائد] [٥] قدراً أو صفة كما لا يجب على من عجل له أن يقبل المعجل الزائد قدراً أو صفة كما سيأتي [إن شاء الله تعالى][٦] وعلل في البحر امتناع الرد فيما لَا يُمْكِنُ فَصْلُهُ كَالصَّبْغِ بأن الصَّبْغُ مِلْكٌ لِلْمُشْتَرِي وَلَا يُمْكِنُ فَصْلُهُ، وَلَا يَحِلّ مِلْكُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إلَّا بِطِيبَةٍ مِنْ نَفْسِهِ .

فإن طَلَبَ الْبَائِعُ الْفَسْخَ وَسَلَّمَ[٧] قِيمَةَ الصَّبْغِ لَمْ تَلْزَمْ إجَابَتُهُ خلاف ش. لنا ما تقدم[٨].

قوله عليلم: " **إلا ما ينفصل يُخَيَّرُ بَيْنَ الإمساك و أَخْذِ الْأَرْشِ أَوْ [٩/] الْقَلْعِ وَالرَّدِّ غالباً**" يعني إلا إذا كانت الزيادة مما يمكن فصله عن المبيع كالحلية فإن المشتري يخير بين أن يرضي المبيع فيمسكه ويأخذ من البائع أرش العيب أو يقلع زيادته ويرد المبيع للبائع وعليه مؤنة الفصل إذ هو المركب .

وقوله: "غالباً" احتراز من أن تتضرر الزيادة وحدها فإن للمشتري أن يرد المبيع مع الزيادة التي زادها فيه ويأخذ من البائع قيمتها ولا يلزمه قلع الزيادة .

---

1 - الزيادة من(ب) .
2 - البحر الزخار - (٨ / ٣٢١) .
3 - البحر الزخار - (٨ / ٣٢٢) .
4 - الزيادة من(ب) .
5 - الزيادة من(ب) .
6 - الزيادة من(أ) .
7 - في(ب)"تسلم" .
8 - الغيث المدرار ج٣ (خ) والبحر الزخار - (٨ / ٣٥٦).
9 - نهاية ورقة ٢٢٥ من (أ).

قوله عليلم: " **فَإِنْ تَضَرَّرَ تعين الْأَرْشُ** "أي فإن كان المبيع يتضرر بفصل الزيادة عنه وعلما ذلك قبل الفصل أو فصلا فتضرر بطل الرد بذلك وتعين أخذ المشتري لأرش العيب لأن تضرر المبيع بقلع الزيادة بمنزلة العيب الحادث عند المشتري بجناية .

قال في الغيث: هذا هو الصحيح للمذهب على ما حققه المذاكرون وقد جرى في كلام ع ما يقتضي أن له الرد فقيل بناه على ما حكاه في التقرير أن الهادي عليلم نص في الأحكام على أن جناية المشتري لا تمنع الرد .

وقيل: بل كلامه مبني على أنه يمتنع الرد وتأول ظاهر الكلام على ذلك انتهى [١].

قوله عليلم: " **فإن كانت الزيادة في مقابل الْمَعِيبِ السليم فله الرد والقلع ولا يبنى عليه فيها غالباً** "السليم صفة لمقابل لا للمعيب والمعنى يرشد إلى ذلك إذ المراد فإن كانت الزيادة وقعت في التسليم المقابل للمعيب لم يبطل رد المعيب ولو تضرر السليم بفصل الزيادة عنه.

ومثال ذلك: أن يشتري قمعاً سليماً بقمع معيب فيحلي السليم ثم يرد عليه ذلك المعيب بالعيب فإن الرد لا يبطل بتضرر السليم بفصل الحلية عنه لكن يجب على البائع للسليم أن يدفع قيمة الخلية إذا كان السليم يتضرر بفصلها، وإن كان لا يتضرر فلصاحبها فصلها لأنها عين ماله، وإنما لم يمتنع الرد في هذه الصورة لأن الفسخ فيها يقدم على فصل الحلية فلم يكن لصاحبها أن يضر ملك الغير وهو السليم بأن يفصل الحلية عنه، ولا يسقط بذلك حق صاحب المعيب وهو خيار العيب فيثبت له الرد واستحق قيمة الحلية بخلاف ما لو كانت الحلية ركبت على المعيب، فإن الخيار يثبت لمشتريه وهو باق على ملكه فلم يتقدم[٢] الفسخ على الفصل فإذا عرف التضرر بالفصل كان ذلك بمنزلة التعيب معه بجناية فبطل الرد واستحق الأرش كما مر، وهذا إذا كان السليم يتضرر بفصل الحلية عنه وأما إذا [٣/] كان لا يتضرر بذلك فالواجب فصلها ما يرضيا ببقائها وقد أوضح المؤلف عليلم ذلك بقوله" ولا شيء عليه فيها" أي ولا شيء على صاحب المعيب في زيادة مقابلة حيث كانت الزيادة لا تتضرر بالفصل، ولا تضر ما هي فيه أو كانت تضرر هي بالفصل واختار صاحبها فصلها، أو كان يتضرر ما هي فيه ورضي مالكه بفصلها .

وقوله: "غالباً" احتراز من أن يكون الفصل يضر ما هي فيه ولم يرض مالكه بفصلها فإنه يلزمه قيمتها لمالكها كما تقدم.

---

1 - **الغيث المدرار ج٣ (خ)** .

2 - **في(ب)"ينفذ"** .

3 - **نهاية ورقة ٢٣٤ من (ب).**

قال في الشرح: وإنما عدل المؤلف عليلم عن قوله في الأزهار " وَلَوْ كَانَ الزَّائِدُ بِهَا ثَمَنَ الْمَعِيبِ قِيَمِيًّا سَلِيمًا لَمْ يَبْطُلْ واسْتَحَقَّ قِيمَةَ الزِّيَادَةِ كَلَوْ تَضَرَّرَتْ الزِّيَادَةُ وَحْدَهَا فِيهِمَا"[١] إلى عبارة الأثمار[٢] لإفادة العموم إذ يدخل في ذلك جميع أطراف المسألة على اختلافها.

وأيضاً فإن عبارة الأزهار توهم أن قوله" قِيَمِيًّا سَلِيمًا" خبر كان فيكون المعنى ولو كان الزائد قيميّاً سليماً، وليس كذلك بل الخبر لفظ ثمن المبيع، وتقديره ولو كان الزائد بها هو ثمن المعيب حال كونه قيمياً سليماً إلى آخره .

قوله عليلم: " **وَأَمَّا بِفِعْلِ غَيْرِهِ فَيَرُدُّهُ دُونَ الْفَرْعِيَّةِ وَكَذَا الْأَصْلِيَّةُ إلَّا بِحُكْمٍ ويَضْمَنُ إن تلف** " يعني وأما إذا كانت الزيادة بفعل غير المشتري فإنه لا يبطل بها رد المبيع المعيب بكل حال سواء كانت الزيادة تنفصل أو لا تنفصل بل برده بزيادته أو يرضى به ولا شيء له في الوجهين هذا ظاهر الأثمار وأصله والتذكرة[٣]، وفرقوا بين هذا الطرف وهو حيث كانت الزيادة بفعل غير المشتري وبين ما إذا كانت بفعله كما مر، حيث ذكر هناك أن الرد يبطل بزيادة ما لا ينفصل إذا كانت بفعله لكنه في هذا الموضع من الغيث[٤] سواء بينهما حيث قال: "فإن كانت لا تنفصل كصباغ الثوب وقصارته وحرث الأرض لم يجب على البائع القبول لما مر من أنه لا يلزمه أن يقبض الزيادة[٥] على ملكه وأما إذا كانت تنفصل ولا يتضرر بالفصل فإنه يفصلها ويرده وحده انتهى[٦].

[و][٧] قوله: "دون الفرعية" معناه دون الفوائد الفرعية كالكراء والمهر فلا يردها سواء وقع الفسخ بالحكم أم[٨] بالتراضي بل تطيب له إذ هي ملكه وهذا مما لا خلاف فيه وكذلك الفوائد الأصلية كالولد والثمر والصوف واللبن فإن المشتري يملكها ولا يلزمه ردها بل يرد المبيع من دونها إلا أن يقع الفسخ بحكم فإنه يجب عليه رد الفوائد الأصلية مع المبيع إن كانت باقية، ويجب عليه عوض ما أتلف منها مثل المثلي وقيمة القيمي ووجه الفرق أن الفسخ بالحكم رفع للعقد [من أصله][٩] فكان[١٠] المبيع باق على ملك البائع هو وفوائده،

---

1 - **الأزهار - (١ / ١٠٠).**
2 - **في(أ)"الأزهار ".**
3 - **التذكرة (ص٣٥٨).**
4 - **في(ب)"العيب ".**
5 - **في(ب)"الزائد ".**
6 -**الغيث المدرار ج٢(خ)** .
7 - **الزيادة من(أ) .**
8 - **في(ب)"أو " .**
9 - **الزيادة من(أ) .**
10 - **في(ب)"وكان " .**

بخلاف الفسخ بالتراضي فهو بمنزلة عقد جديد فكان المشتري باع المبيع من البائع الأول بيعاً جديداً فلم يتناول الفوائد إن لم يذكرها هذا هو المذهب.

وعند ش: أن الفوائد الأصلية والفرعية سواء في أنهما للمشتري سواء وقع الفسخ بحكم أم بتراض[١] لقوله صلى الله عليه وآله "الخراج بالضمان" [٢].

قلنا: إنما ورد ذلك في الكراء ونحوه من الفرعيات، وأما خبر المصراة فمخالف للأصول فلا يقاس عليه كما مر، وإنما عدل المؤلف [عليلم] [٣] عن قوله في الأزهار" فَيَضْمَنُ تَالِفَهَا "[٤] إلى قوله "ويضمن إن أتلف" اختياراً منه لما ذكر[٥] بعض أهل المذهب من أنه لا يضمن إلا ما أتلفه بغير فعله فلا يضمنه قياساً على فوائد المبيع بعقد فاسد إذا فسخ ونحوه، وفرق المضمنون مطلقاً بين هذا وبين العقد الفاسد، بأن العقد هاهنا لازم من جهة البائع جائز من جهة المشتري بخلاف الفاسد فهو جائز من جهتهما معاً كذا قيل والله أعلم .

وعند القاسم والناصر وط أن الفسخ بالتراضي كالفسخ بالحكم فيلزم المشتري رد [الأصلية والفرعية] [٦][٧]والصحيح الأول لما مر.

فائـــــدة ٌ: ما تقدم من جعل المهر والكراء من الفوائد الفرعية التي لا يجب ردها فذلك حيث وجب المهر بغير وطء كنصفه بالطلاق قبل الدخول أو كله بالموت قبل الدخول أو بالطلاق بعد الخلوة الصحيحة من دون دخول.

قيل : وظاهره أن الرد لا يبطل بزواجة الأمة [٨] إذ لم يدخل بها الزوج وبانت منه، وكذا الكلام في الكراء المراد به حيث استعمل المبيع غاصب.

قيل: أو أجره المشتري قبل علمه بالعيب إلا امتنع الرد والله أعلم [٩].

---

1 - شرح الأزهار - (٣ / ١١٨) .
2 - سبق تخريجه صــ ٦٠٥ .
3 - الزيادة من(أ) .
4 - الأزهار - (١ / ١٠٠).
5 - في(ب)"ذكره " .
6 - في(ب)"الفرعية والأصلية "بدل مابين المعقوفتين.
7 - البحر الزخار - (٨ / ٣٧٤) .
8 - نهاية ورقة ٢٢٦ من (أ).
9 -بيان ابن مظفر (ج٢/٦٠٠) بنحوه .

"فَصْـــــلٌ"

وفَسْخُهُ بِالتَّرَاضِي أو الحاكم غالباً " إنما حذف من أول هذا الفصل قوله في الأزهار "وفَسْخُهُ عَلَى التَّرَاخِي ويُوَرَّثُ "[١] لفهم ذلك مما تقدم ذكره في أول الباب وإنما ينفسخ المعيب بأحد وجهين، إما بالتراضي بين البيعين مع إيجاب وقبول، أو ما في حكم القبول وهو القبض، فلو أحضر المشتري المبيع ففسخه ولم يقل البائع قبلت ولا قبض المبيع ثم تلف، فإنه يتلف من مال المشتري.

الوجه الثاني: أن يقع الفسخ بالحكم حيث تشاجرا فإن لم يقع تراض بالفسخ ولا حكم لم يصح، سواء كان العيب مجمعاً عليه، أم مختلفاً فيه خلاف ص بالله في المجمع عليه، فعنده أنه لا يحتاج في فسخه إلى حكم ولا تراض.

وعند الناصر وش: لا يحتاج في ذلك إلى حكمٍ ولا تراض كسائر الأملاك [٢].

قيل: ولا خلاف أنه يصح رد ثمن المعيب من دون حكم ولا تراضٍ حيث هو من النقدين[٣] على أصل الهادوية لأنه لا يتعين أو حيث كان في الذمة اتفاقاً [٤].

وقوله:" غالباً " احتراز من أن يقع الفسخ قبل القبض فإنه لا يحتاج إلى حكم ولا تراض اتفاقاً إذ القبض من تمام العقد كما مر.

قوله عليلم: " **وهُوَ يَنُوبُ عَنْ غَائِبٍ ومُتَمَرِّدٍ** "يعني أن المشتري إذا أطلع على عيب في المبيع وكان البائع غائباً فإنه يرفع المبيع إلى الحاكم لينقض البيع وكذا حيث تمرد البائع عن الحضور عند الحاكم فإن الحاكم ينوب عنه لغيبته أو تمرده في فسخ المبيع المعيب، وكذا في توفير ثمنه على المشتري إذا كان البائع قد قبضه ولم يتمكن الحاكم من رد الثمن للمشتري إلا [٥/أ] ببيع ذلك المعيب، فأما إذا لم يكن البائع قد قبض الثمن فإن الحاكم ينقض البيع ويرد المبيع إلى من ينصبه[٦] عن الغائب وكذا [ينوب] [٧]الحاكم عن الغائب في بيع المعيب[٨] إذا كان مما يخشى فساده كاللحم ونحوه فيبيعه أو يأمر ببيعه، ويحفظ ثمنه للبائع الغائب لأن ذلك مقتضى ولا يته .

---

1 - الأزهار - (١ / ١٠١).

2 - شرح الأزهار - (٣ / ١١٩) والحاوي الكبير ــ الماوردي - (٧ / ١٩٢) .

3 - في(أ)"النقد ".

4 - شرح الأزهار - (٣ / ١١٩) .

5 - نهاية ورقة ٢٣٥ من (ب).

6 - في(ب)"قبضه "والصحيح ما أثبته.

7 - الزيادة من(أ) .

8 - في(أ)"المبيع " .

قال في الغيث: لكن هذين يفترقان فالبيع لتوفير الثمن يصح حيث البائع حاضر متمرد بخلاف البيع لخشية الفساد، وحيث البائع حاضر فلا يصح من الحاكم إلا مع غيبة البائع، وكذلك البيع لتوفير [الثمن] [1]لا يصح مع غيبة البائع إلا حيث غيبته مسافة قصر بخلاف البيع لخشية الفساد فإنه يصح وإن كانت المسافة قريبة ذكر ذلك الفقيه ف وهو صحيح انتهى[2].

قوله عليلم: "**وفَسْخَهُ إبْطَالٌ لِأَصْلِ الْعَقْدِ فَتُرَدُّ مَعَهُ الْأَصْلِيَّةُ وَيَبْطُلُ كُلُّ عَقْدٍ تَرَتَّبَ عَلَيْهِ** "يعني أن فسخ المعيب إذا وقع بالحكم فإنه يكون رفعاً لأصل العقد فكأنه لم يقع وإذا كان كذلك كان المبيع وفوائده الأصلية للبائع إذا الفوائد الأصلية كأنها حدثت في ملكه وكان القياس في الفرعية أن تكون كذلك لكن فرق الخبر وهو قوله صلى الله عليه وآله " الخراج بالضمان "[3] وإنما لم يعمل به في الأصلية لخبر المصراة[4] جمعاً بين الأخبار والله أعلم .

وإذا وقع فسخ العيب بالحكم بطل كل عقد ترتب عليه العقد الأول فلو باع داراً بعبدٍ فباع العبد أو رهنه أو أجره ثم فسخت عليه الدار بعيب بالحكم بطل كل عقد ترتب على العقد المفسوخ فيرجع العبد لمالكه هذا هو الصحيح للمذهب، وسواء كان العقد المتأخر يقتضي خروج المبيع [من الملك كالبيع] [5] أم لا كالرهن .

وقال ض زيد: الأولى أن البيع لا يبطل [6].

يعني بيع العبد بل يرد مشتري الدار لمالك العبد قدر قيمته، وأما الرهن والإجارة فيبطلان، وقاس البيع هنا [على البيع] [7] المترتب على عقد فاسد.

قال: بخلاف الرهن والإجارة إذ لا يخرج بهما عن ملكه فينقصان.

وقيل ح: الصحيح أن الرهن [والإجارة] [8] لا ينقضان أيضاً إذ هو مسلط على التصرف فيه كما في البيع الفاسد [9].

---

1 - سقط من(أ) .
2 - الغيث المدرار ج٣ (خ) .
3 -سبق تخريجه صــ٦٠٥ .
4 -سبق تخريجه صــ٦١٥ .
5 - الزيادة من(ب) .
6 - شرح الأزهار - (٣ / ١٢٠) .
7 - سقط من(ب) .
8 - سقط من(ب) .
9 -شرح الأزهار - (٣ / ١٢١) .

لنا ما تقدم [من] [١] أن الفسخ بالحكم إبطال لأصل العقد فكأنه لم يكن هو ولا ما ترتب عليه والفرق بينه وبين فسخ العقد الفاسد بالحكم أن من تمام عقد البيع تسليم المبيع سليماً [فإذا حكم الحاكم بأنه لم يسلم سليماً] [٢] فكأنه حكم بأن البيع لم يقع فبطل كل عقد ترتب عليه لبطلانه بخلاف البيع الفاسد فإن المشتري إذا قبض المبيع فيه برضا البائع صار مع بطلان العقد كالمباح بعوض فينفذ فيه تصرفات المباح له كلها حتى يمنعه المبيح، وليس كذلك المعيب لأن إباحته مشروطة بتسليمه سليماً فإذا لم يسلمه البائع سليماً بطلت إباحته من أصلها فلا تنفذ تصرفات مشتريه حينئذ ذكر معنى ذلك في الغيث [٣].

وإنما حذف المؤلف عليلم قوله في الأزهار "وَكُلُّ عَيْبٍ "[٤] إلى قوله "بدونها" لفهم معناه مما تقدم فمن اشترى حيواناً مكلوباً لم يبق له قيمة رجع بكل الثمن وسواء شراه المشتري جاهلاً بذلك أم عالماً لأن البيع باطل إذ لا يقع للمبيع ولا قيمة له، وقد تقدم أن ما كان كذلك لم يصح بيعه، وأما إذا كان له قيمة مع ذلك العيب فمع العلم لا يرجع بشيء، ومع الجهل يرد المبيع مع البقاء، ويرجع بالأرش مع التف، أو ما في حكمه فلو اشتراه وقد برئ وجبر جرحه فإن كان عالماً بأنه ينتقض فلا خيار له إن كان له قيمة وإن لم تكن له قيمة رجع بكل الثمن وإن كان جاهلاً، وله قيمة رجع بالأرش حيث قد تلف وإن[٥] لم يكن له قيمة رجع[٦] بكل الثمن، وأما إذا كان للمبيع المعيب قيمة عند البيع فوقعت فيه الجناية[٧] بعد قبضه فصار لأجلها لا قيمة له، فإن الواجب للمشتري هو أرش العيب فقط، وهو ما بين قيمته معيباً [و] [٨]سليماً من الجناية وقيمته سليماً منها غير معيب ولا يستحق رده بذلك العيب ولو كان العيب لا يعرف بدون تلك الجناية كالجوزة الفاسدة اللب فإنه لا يعرف فساد لبها إلا بكسرها ولا قيمة لها بعد الكسر بخلاف[٩] ما لو بقيت سليمة، فربما جعلت لعبة للصبيان فيكون لها قيمة، وعن أبي مضر أن المشتري إذا كسرها بإذن البائع رجع عليه بكل الثمن [١٠].

---

1 - الزيادة من(أ) .
2 - الزيادة من(أ) .
3 - الغيث المدرار ج٣(خ) .
4 - الأزهار - (١ / ١٠١).
5 - في(ب)"فإن ".
6 - في(ب)"رجل "وهو تحريف.
7 - في(ب)"جناية ".
8 - الزيادة من(ب) .
9 - في(ب)"خلاف ".
10 - شرح الأزهار - (٣ / ١٢٢) .

قوله عليلم: "**هب وَمَنْ بَاعَ ذَا جُرْحٍ يَسْرِي فَسَرَى فَلَا شَيْءَ عَلَى الْجَارِحِ فِي السِّرَايَةِ غَالباً** " أي من باع حيواناً قد جرح يعلم أن مثل ذلك الجرح يسري في العادة فسرى ذلك الجرح مع المشتري فلا أرش على الجارح فيما وقع بالسراية لا للبائع ولا للمشتري سواء علما كونه يسري أو علم ذلك أحدهما فقط لكن إذا علم [ذلك] [1] البائع وجهل المشتري رجع المشري على البائع بالأرش مع التلف وكان له الفسخ مع البقاء ولا رجوع للبائع[2/] على الجارح بالسراية لأنه رضي بإسقاط حقه منها حيث باعه وهو عالم أن السراية تقع في ملك غيره، وإن علم المشتري وجهل البائع لم يرجع المشتري على البائع لأنه قد رضي بالعيب.

وأما البائع فقيل ل:[هب][3] لا يرجع على الجارح[4] بأرش السراية لأنها وقعت في غير ملكه [5].

وقيل ع: بل يرجع إن لم يسقط حقه من السراية، والصحيح الأول، وأما أرش الجراحة فللبائع أن يطالب به بكل حال [6].

وقوله: "غالباً" احتراز من أن يجهلا كلاهما كون تلك الجراحة تسري وتلف المبيع في يد المشتري فله أن يرجع على البائع بالأرش، وهو ما بين قيمة المبيع وفيه هذه الجراحة وقيمته صحيحاً فيرجع بحصة ذلك من الثمن لا بأرش السراية نفسها لأن أرشها قد يكون مثل قيمة المبيع حيث وقع بها الموت، وهذا حيث يكون للمبيع حال البيع قيمة مع السراية، وأما إذا لم تكن له قيمة رجع المشتري على البائع بأرش نفس السراية، ويرجع البائع على الجارح بما أعطى المشتري من الأرش لأنه غرم لحقه بسببه ولم يكن قد علمه قبل البيع فيكون بيعه رضاء بإسقاط حقه، ويحترز أيضاً مما إذا المبيع باقياً ورده المشتري على البائع بحكم الحاكم فله أن يرجع على الجارح بأرش السراية [7/] لأن الفسخ بالحكم إبطال لأصل العقد كما مر فكان السراية وقعت في ملكه، وأما إذا رده المشتري على البائع بالتراضي فلا رجوع لأيهما على الجارح لأنه بمنزلة عقد جديد فالسراية وقعت في غير ملك البائع ورضاه برجوعه بمنزلة شرائه، وهو عالمٌ بعيبه فبطل حقه من الرجوع وكذلك

---

1 - الزيادة من(ب) .
2 - نهاية ورقة ٢٢٧ من (أ).
3 - الزيادة من(ب) .
4 - في(أ)"الجا" سقط منها ر، ح .
5 - الغيث المدرار ج٣(خ) .
6 -الغيث المدرار ج٣ (خ) و شرح الأزهار - (٣ / ١٢٢) .
7 - نهاية ورقة ٢٣٦ من (ب).

المشتري إذ هو بمنزلة البائع [العالم][1] فقد رضي بإسقاط حقه كما تقدم، وإن رضي المشتري بالمبيع لم يرجع أيهما على الجارح أيضاً لما تقدم من أن السراية [وقعت في] [2] ملك غير البائع وسببها [وقع] [3] في غير ملك المشتري.

قال في الشرح: وإنما استضعف المؤلف عليلم قول أهل المذهب لزوم الأرش للجارح مطلقاً سواء علما أو أحدهما أم جهلا و[هذا] [4]هو المفهوم من كلام الفقيه ع وقولهم أن البيع كإبراء البائع للجاني فيه بعد وقولهم أن السراية وقعت في غير ملكه ليس بسديد لأن البائع قد استحق الأرش بمجرد السبب وهو الجناية لأنهم لم يعتبروا في كثير من المواضع إلا السبب دون السراية وذلك فيمن جنى على عبد جناية تسري إلى النفس ثم أعتق فجعلوا العبرة بوقت الجناية هذا في حق البائع والجارح، وأما المشتري فيستقيم ما ذكروه فيه لأن الجراحة في حقه عيب يقال فيه إن كان جاهلاً مثل[5] سائر أنواع العيب يثبت الرد والأرش، أو يمتنع الرد ويثبت الأرش، وإن كان عالماً بطل خياره كسائر أنواع خيار العيب فعرفت أن النظر على المذهب في إطلاق المسألة وأما هذا التفصيل الذي ذكر معناه المؤلف عليلم فصحيح موافق للقواعد غير منقوض ولا ناقض فافهم انتهى [6].

قوله عليلم: " **وَإِذَا تَعَذَّرَ عَلَى وَصِيٍّ الردُّ**[7] **مِنْ التَّرِكَةِ فَمِنْ مَالِهِ**" مثاله أن يبيع الوصي شيئاً من التركة ثم قبض الثمن فقضاه الغرماء أو استهلكه الورثة ثم فسخ ذلك المبيع، أو استحق بحكم فإنه يجب عليه رد الثمن للمشتري، فإن كان باقياً في يده رده بعيبه وإن لم يكن باقياً فإن كان للميت مال غير ذلك المبيع باعه ورد للمشتري الأول مثل ثمنه، وإن لم يكن للميت مال رد مثل ذلك الثمن من مال نفسه لأن الحقوق تعلق به، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم:" على الْيَدِ ما أَخَذَتْ حتى ترد"[8] وسيأتي .

وهذا حيث يكون الغرماء قد أتلفوا الثمن وتعذر تغريمهم إياه وأما إذا كان باقياً في أيديهم فالواجب عليهم رده بعينه لأنه انكشف أنه باق عل ملك المشتري.

---

1 - الزيادة من(أ) .
2 - الزيادة من(ب) .
3 - الزيادة من(أ) .
4 - الزيادة من(أ) .
5 - في(ب)"فمثل" .
6 - الجامع في الشرح(خ) .
7 - في(أ) "ترد" .
8 - أخرجه أبو داود في سننه كتاب الْإِجَارَةِ -بَاب في تَضْمِينِ العارية -رقم٣٥٦١ (ج٣/ص٢٩٦)و الحاكم في المستدرك على الصحيحين -كتاب البيوع -رقم٢٣٠٢. قال الحاكم وهذا حديث صحيح الإسناد على شرط البخاري ولم يخرجاه، (ج٢/ص٥٥). وضعفه الشيخ الألباني ينظر صحيح وضعيف الجامع الصغير - (١٧ / ٣٢٣).

وكذا حيث كانوا قد أتلفوا وأمكن تغريمهم إياه فإن ذلك هو الواجب كما سيأتي، وكذا يكون الكلام في الورثة بطريق الأولى والله أعلم.

وعن الناصر وابن أبي ليلى: أن الوصي لا يغرم من خاصة ماله [١].

---

1 - الغيث المدرار ج٣(خ) .

"فَصْـــــلٌ"

[والحكم فِي الرُّؤْيَةِ للرد]

هذا هو الفصل نذكر فيه أحكاماً تتعلق بخيار الرؤية، وخيار الشرط، وخيار العيب حيث يتعدد من له الخيار بتعدد من له الخيار، أما خيار الرؤية فالحكم فيه لمن رد فإذا كان المشتري [فيه] [١] اثنين فصاعداً، واختلف رأيهم في الرضا والرد فإن العبرة بمن رد المبيع بخيار الرؤية سواء تقدم بالرد أو[٢] تأخر، ويخير الراضي على رد نصيبه من المبيع أيضاً وذلك لأنا لو جعلنا العبرة بمن رضي أبطلنا على الآخر ما أثبت له الشرع من الخيار، ولو قلنا تفرق الصفقة كان في ذلك إضرار بالبائع فإن قيل فقد أبطلتم على الراضي ما أثبت له الشرع من قبول نصيبه.

قلنا: لم يثبت له الشرع ذلك إلا على وجه لا تفرق فيه الصفقة ،ولا يكون فيه إلزام لشريكه قبول نصيبه مع كراهته، وأما خيار الشرط فقد بين حكمه في ذلك بقوله "**وفي الشرط للسبق**[٣] **والجهة واحدة** "فإذا اشترط المشتريان لأنفسهما الخيار ثم اختلف رأيهما ففسخ أحدهما ورضي الآخر، فإن العبرة في ذلك لمن[٤] سبق بفسخ أو رضا، فإن سبق الفاسخ انفسخ المبيع جميعه وإن سبق الراضي لزم كله منهما نصيبه، وكذلك[٥] الكلام في البائعين وهذا حيث اتحدت جهة من له الخيار بأن يكونا مشتريين معاً أو بائعين أو مشترياً ومجعولاً له الخيار من جهته، أو بائعاً ومجعولاً له الخيار من جهته، فأما لو اختلفت الجهة نحو أن يكون الخيار للبائع والمشتري فإنه إذا رضي أحدهما كان الآخر على خياره كما تقدم هذا هو المذهب وهو قول ح، وقال ك وأبو يوسف ومحمد: بل تفرق الصفقة.

لنا: أن كل واحد منهما [هنا] [٦] كالوكيل للآخر وإنما جعلنا في خيار الرؤية العبرة بمن رد لما تقدم، وجعلنا في خيار العيب العبرة بمن رضي لزوال المضرة عن الكاره بأخذ العوض هكذا في الغيث [٧].

قلت: وفي تفريق الصفقة إضرار بالبائع كما تقدم .

---

1 - الزيادة من(أ) .
2 - في(ب)"أم" .
3 - في(ب)"لمن سبق" .
4 - في(ب)"بمن" .
5 - في(ب)"وكذا".
6 - الزيادة من(ب) .
7 - الغيث المدرار ج٣ (خ) و بدائع الصنائع - (٥ / ٢٧٣) و البحر الزخار (٨ / ٣٥٢) .

وفي البحر: "عن الناصر ومالك وش وابن أبي ليلى وأبي يوسف ومحمد والبتي مَوْضُوعُ خِيَارِ الشَّرْطِ الرِّفْقُ والمتساهلة، فَيَكُونُ الْقَوْلُ لِمَنْ رَدَّ، مُطَابَقَةً لِمَقْصُودِ الشَّرْعِ."

قُلْنَا: جَعْلُ الْقَوْلِ لِلسَّابِقِ فِيهِ تَوَسُّطٌ وَعَدْلٌ، وقال إذْ جَعَلَهُ لِمَنْ رَدَّ تَفْرِيقٌ لِلصَّفْقَةِ أَوْ إبْطَالُ لخِيَارِ الْمَمْضِيِّ [١].

قوله عليلم: " **فإن التبس أو السابق فُصِّل** "يعني فإن التبس هل سبق احدهما بفسخ أو إمضاء أو لم يسبق احدهما بل وقع الفسخ والإمضاء في حالة واحدة أو علم السابق منهما[٢/] ثم التبس أيهما هو فإنه يفصل الكلام في ذلك فيقال إما في الطريق الأول وهو حيث لم يعلم سبق أحدهما من الأصل ففي ذلك احتمالان:

أحدهما: أن الحكم كما لو علم الاتحاد فترجح الفسخ كما سيأتي.

قيل : ذكره في الحفيظ [٣].

والاحتمال الثاني: أن البيع يلزم ولا يثبت الفسخ لأنه لا وجه لترجيح الاتحاد والأصل عدم الانفساخ وأما في الطرف الثاني وهو حيث علم السابق ثم التبس.

قال ابن مظفر في بيانه:" فلعله يقال إن كانا مشتريين بقي نصف المبيع للذي اختار التمام والنصف الثاني إن صادق البائع مدعي الفسخ رجع له وإن ناكره لزمه ثمنه وصار نصيبه لبيت المال على الخلاف والذي في رد المقر له للإقرار بشيء معين له وإن كانا بائعين بقي نصف المبيع لمدعي الفسخ، والنصف الثاني إن صادق مشتريه بائعه الثاني أنه[٤] سبق بإتمام البيع أخذه وإن ناكره بقي لبائعه لأنه لا يلزم [٥/] المشتري قبول بعض المبيع انتهى [٦].

وذكر مسألة اللبس من الزوائد.

قوله عليلم: " **وإن علم الاتحاد فالفسخ** "أي وإن علم أن الفسخ والإمضاء وقعا في حالة واحدة فإن الفسخ[٧] يكون أولى من الإمضاء عند أهل المذهب، وهو قول ح، ووجهه أن الفسخ [يكون] [٨] خلاف الأصل فهو كَبَيِّنَةِ الْخَارِجِ.

---

1 -البحر الزخار - (٨ / ٢٦٩) .
2 - نهاية ورقة ٢٢٨ من (أ).
3 - الحفيظ في الفقه (خ) .
4 - بعدها زيادة "لإن" من (أ) وزيادة في(ب) "فالفسخ" وكلاهما غير مستقيمة ولا توجد في البيان .
5 - نهاية ورقة ٢٣٧ من (ب).
6 - بيان ابن مظفر (ج٢/ ٥٧٨) .
7 - الزيادة من(ب) .
8 - الزيادة من(ب) .

وقال ك: بَلْ الرِّضَا أَوْلَى لِتَقْرِيرِهِ الْأَصْلَ وَهُوَ بَقَاءُ الْعَقْدِ [١].

قوله عليلم " **وَفِي الْعَيْبِ للرضى غالباً** "فإذا أطلع المشتريان على عيب في المبيع فرضيه أحدهما وفسخه الآخر، كان العبرة بمن رضي منهما تقدم أم تأخر أم قارن .

وقوله: "غالباً " وهي من الزوائد احتراز من أن يكون الخيار من الجهتين كمن يبيع سلعة بسلعة وانكشفتا معيبتين فإن الحكم لا يكون للراضي[٢] بل للراد[٣] كما في خيار الشرط حيث اختلفت جهته .

قوله عليلم: " **وَيَلْزَمُهُ جَمِيعًا وَلَهُ أَرْشُ حِصَّةِ الشَّرِيكِ**" أي يلزم الراضي بالعيب من المشتريين جميع المبيع ويدفع لشريكه حصته من الثمن وله على البائع أرش حصة شريكه الذي لم يرض لأنها دخلت في ملكه بغير اختياره لا أرش حصته لدخولها في ملكه باختياره هذا هو الصحيح للمذهب، ووجهه أن رضا الراضي بمنزلة استهلاكه لنصيب صاحبه، ولذلك [قال الفقيه ل] [٤][وغيره] [٥] يلزمه قيمة حصة شريكه لا الثمن والمذهب ما تقدم، وَهُوَ الْأَقْرَبُ بِدَلِيلِ رُجُوعِهِ بحصته من الأَرْشِ ذكر معناه في البحر [٦].

وقال ح: إذا رضيه أحدهما بطل الرد ولزم كل[٧][واحدٍ] [٨] منهما حصته من المبيع لكن الذي لم يرض يستحق على البائع أرش حصته [٩].

وقال ك وش وأبو يوسف ومحمد: بل تفرق الصفقة فلا يلزم الراضي إلا حصته ، كَلَوْ اشْتَرَيَاهُ بِعَقْدَيْنِ [١٠].

قلنا: في ذلك إضرار بالبائع وقد ورد النهي[١١] عنه ولأن في ذلك إلزام البائع أن يرد عليه المبيع معيباً بالتفريق وعلى غير ما اقتضاه العقد لأن العقد وقع عليه الجميع ولم يجعله لمن ر رد كخيار الرؤية لأنه لا يقابل خيار الرؤية أرش وفي هذا يلزم الأرش فكان أخذ الراضي لجميع المبيع أقل مضرة .

---

1 - البحر الزخار - (٨ / ٢٦٩) .
2 - في(ب) "للرضي".
3 - في(ب)"للرد".
4 - في(ب) "قيل ل" بدل مابين المعقوفتين.
5 - الزيادة من(أ) .
6 - البحر الزخار - (٨ / ٣٥٢) .
7 - في(ب) "كلاً".
8 - الزيادة من(أ) .
9 - بدائع الصنائع - (٦ / ٩٠)بنحوه .
10 - البحر الزخار - (٨ / ٣٥٢). و التاج والإكليل لمختصر خليل (٧ / ١٩٤). و المهذب - (١ / ٢٦٩). و أسنى المطالب في شرح روض الطالب - (٢ / ٧١).
11 - في(ب) "النص"وهو تصحيف.

وقال الدَّوَارِيّ: في تعليقه على اللمع ما لفظه" الوجه في أن القول قول من رضي أنا لو أجزنا للشريك الذي لم يرض الرد لكان في ذلك تفريق للصفقة وتفريق الصفقة عيب بعد خروجه من يد البائع يمنع الرد فإذا لم يصح فيه الرد كان الراضي في حكم المستهلك على من لم يرض حقه فيصير كالغاصب إذا استهلك المغصوب فإنه يضمنه وبضمان ذلك يقع الملك للمشتري لنصيب شريكه كما يملك الغاصب المغصوب إذا أستهلكه ولزمه ضمانه (١).

وقلنا: يرجع بأرش نصيب شريكه لأن شريكه لم يرض بالعيب ولا يصح رده بعد رضا الآخر فكان له أرش ذلك كمن شرا جارية معيبة ثم وطئها قبل العلم بالعيب فإنه يرجع بالأرش لأنه لم يرض بالعيب ولا صح منه الرد كذلك حكم نصيب الشريك .

وفي التعليق "يلزم الراضي قيمة نصيب شريكه وقرره بعض المتأخرين والأولى أن مراده بالقيمة الثمن يدل عليه أنه لو لم يلزمه إلا قيمة نصيب شريكه لم يكن له أن يرجع بأرش نصيب الشريك لأنه لا(٢) يغرم إلا قيمته معيباً فلم يكن لو كان كذلك لرجوعه بالأرش وجهٌ ،وعلى ما ذكرنا لا فرق بين أن يكون الثمن مثل القيمة أو أقل أو أكثر أن له الرجوع بالأرش كما قلنا في المشتري إذا تعذر عليه رد المعيب بالعيب (٣).

تنبيـــــهٌ: لم يتعرض في الأثمار وأصله لذكر خيار المجلس لما كان المذهب عدم ثبوته ولا بأس بذكره في هذا الشرح المبارك لزيادة الفائدة.

قال في البحر: فَصْلٌ : بَعْضُ العترة وبَعْضُ الفقهَاء وَخِيَارُ الْمَجْلِسِ قَبْلَ تَفَرُّقِ الْأَبْدَانِ مَشْرُوعٌ فِي كُلِّ عَقْدٍ وَلَوْ مُشَارَكَةً أَوْ صُلْحًا .

لَا النِّكَاحِ إذْ شُرِعَ لِدَوَامِ الْعِشْرَةِ، وَالْخِيَارُ يَنْقُضُهُ، وَلَا الرَّهْنِ لِبَقَائِهِ عَلَى مِلْكِ المالْك وَلَا الْهِبَةِ مِنْ غَيْرِ عِوَضٍ، و]لَا] (٤) الصَّدَقَةِ إذْ شُرِعَ لَدَفْعِ الْغَبْنِ وَلَا غَبْنَ فِيهِمَا.

وَفِي الْإِجَارَةِ وَالْإِقَالَةِ وَالْهِبَةِ عَلَى عِوَضٍ وَالْقِسْمَةِ، وَالشَّفِيعُ تَرَدُّدٌ. انتهى (٥).

مسألة :وهو قبل التفريق بالأقوال ثابت إجماعاً والمراد به تمام قول البائع بعت والمشتري اشتريت ونحو ذلك ولا خيار بعد ذلك عند زيد بن علي والقاسمية والحنفية إذ لزم البيع نفس العقد فلا يثبت الخيار بعد ذلك إلا بالشرط (١).

---

1 - **التعليق على اللمع (خ) .**
2 - **في(ب) "لم".**
3 - **التعليق على اللمع (خ) .**
4 - **سقط من المخطوط .**
5 - **البحر الزخار (٨ / ٢٣٨).**

وعن علي عليلم وجماعة من الصحابة والتابعين وهو قول ش وأحمد وغيرهما: بل يعتبر تفرق الأبدان[٢] [أيضاً] [٣] لنحو حديث ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وآله قال: "المتبايعان بِالْخِيَارِ في بَيْعِهِمَا ما لم يَتَفَرَّقَا أو يَكُونُ الْبَيْعُ خِيَارًا "[٤] هذه إحدى روايات حديث أخرجه الستة.

وحديث حكيم بن حزام أن رسول الله صلى الله عليه وآله قال الْبَيِّعَانِ بِالْخِيَارِ ما لم يَتَفَرَّقَا أو قال حتى يَتَفَرَّقَا فَإِنْ صَدَقَا وَبَيَّنَا بُورِكَ لَهُمَا في بَيْعِهِمَا وَإِنْ [كَتَمَا وكَذَبَا] [٥] مُحِقَتْ بَرَكَةُ بَيْعِهِمَا "[٦] أخرجه الستة إلا الموطأ وفيه أحاديث أخر.

قلنا: معارض بقوله تعالى **(**إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ **)**[٧] **(**وَأَشْهِدُوْاْ إِذَا تَبَايَعْتُمْ **)**[٨] [٩] ولم يفصل ولا تصريح في أخبار كم بفرقة الأبدان فحملناه على تفرق الأقوال جمعاً بين الظواهر.

قال في البحر: قلت[١٠]: إنْ أَجْمَعَ عَلَى صِحَّةِ خَبَرِهِمْ فَهُوَ أَقْوَى، ولَا يُعَارِضُهُ مَا ذَكَرْنَا بَلْ كَالْمُطْلَقِ وَالْمُقَيَّدِ انتهى [١١].

فـــــرعٌ : لهم والتفريق المبطل للخيار ما سمي في العادة تفرقا ففي المنزل الصغير بخروج أحدهما وفي الكبير التحول من مجلس إلى آخر بخطوتين أو ثلاث كما روي في الحديث المتقدم عن ابن عمر[١٢/] أنه كان إذا بايع رجلاً وأراد أن لا يستقيله[١٣] قام ومشى[١٤] هنيهة ثم يرجع انتهى [١٥].

---

1 - البحر الزخار (٨ / ٤٨٠).وشرح التجريد في فقه الزيدية - (٤ / ٩٠).والعناية شرح الهداية - (٨ / ٣٧٧).
2 - المجموع - (٩ / ٢٢٣).
3 - الزيادة من(ب) .
4 - أخرجه البخاري في صحيحه كِتَاب الْبُيُوعِ -بَاب كَمْ يَجُوزُ الْخِيَارُ -رقم٢٠٠١ (ج٢/ص٧٤٢) .
5 -في المخطوط " كذبا وكتما " والصحيح ما أثبته.
6 - أخرجه البخاري في صحيحه كِتَاب الْبُيُوعِ - بَاب إذا بَيَّنَ الْبَيِّعَانِ ولم يَكْتُمَا وَنَصَحَا. -رقم ١٩٧٣(ج٢/ص٧٣٢).
7 - النساء:٢٩ .
8 - البقرة: ٢٨٢.
9 -ذكرت الآيتين في المخطوط كأنها آية واحدة بدون فصل بين الآيتين .
10 - في البحر "قلنا" .
11 - البحر الزخار- (٨ / ٢٣٩).
12 - نهاية ورقة ٢٢٩ من (أ).
13 - في(ب) "يقيله".
14 - في(ب) "فمشى".
15 - التمهيد لابن عبد البر (ج١٤/ص١٦) والتلخيص الحبير (ج٣/ص٢٠) .

لكن في حديث أخرجه أبو داود وغيره من رواية ابن عمرو بن العاص زيادة "ولا يَحِلُّ له أَنْ يُفَارِقَ صَاحِبَهُ خَشْيَةَ أَنْ يَسْتَقِيلَهُ " [١].

أي خشية [أن يختار] [٢] فسخ البيع فعبر بالإقالة عن الفسخ لأن المفارقة لا تمنع الإقالة.

قال المحب الطبري [٣]: لم يبلغ ابن عمرو النهي، أو بلغه ولم يصح له انتهى [٤].

قالوا ولا يحصل التفرق بإرخاء ستر أو بناء جدار بينهما ولا بأن يكرها أو أحدهما على التفرق فإن أكره أحدهما على مفارقة الآخر وتمكن الآخر من إتباعه فلم يفعل بطل خيار الماكث وحده ولا يبطل الخيار بموتهما ولا بجنونهما ولا بموت أحدهما [٥/] أو جنونه بل ينتقل إلى وارث[٦] الميت وولي المجنون قياساً على خيار الشرط بل هذا أولى لثبوته بنفس العقد وحكم من انتقل إليه الخيار حكم أصله وينفسخ البيع بفسخ أحدهما ولا ينقطع خيار الآخر بإمضاء أحدهما، ويبطل خيار المجلس بإبطالهما إياه قولاً أو فعلاً فالقول أن يقولا حال العقد أو بعده لا قبله قد أبطلنا الخيار والفعل كبيع المبيع أو إعتاقه فيبطل خيار المشتري بذلك ولا يبطل خيارهما بمفارقة المجلس مجتمعين لرواية أبي بَرْزَةَ الْأَسْلَمِيِّ [٧] ذلك وعمله به [٨].

وإذا قال أحدهما للآخر اختر، أو خيرتك فاختار انقطع خيارهما وإن سكت انقطع خيار القائل على الأصح، لأن ذلك دليل الرضا، ويدل على ذلك ما في بعض روايات حديث ابن

---

1 - أخرجه أبو داود في سننه- كتاب الْإِجَارَةِ - بَاب في خِيَارِ الْمُتَبَايِعَيْنِ رقم ٣٤٥٦ (ج٣/ص٢٧٣).وحسنه الألباني في الإرواء (٥ / ١٥٥).

2 - الزيادة من(أ) .

3 - هو شيخ الحرم أبو العباس أحمد بن عبد الله بن محمد الطبري الشافعي الحافظ ولد سنة خمس عشرة وست مئة وسمع من ابن المقير وجماعة وصنف كتابا حافلا في الأحكام في عدة مجلدات توفي في ذي القعدة(٦٩٤) هـ . العبر في خبر من غبر - (٥ / ٣٨٢) .

4 - التلخيص الحبير ج٣/ص٢٠ .

5 - نهاية ورقة ٢٣٨ من (ب).

6 - في(ب)"أقارب" .

7 - هو نضلة بن عبيد على الأصح، صحابي، غلبت عليه كنيته واختلف في اسمه،كان من سكان المدينة، ثم البصرة، وشهد مع علي قتال أهل النهروان، ثم شهد قتال الأزارقة مع المهلب بن أبي صفرة. ومات بخراسان، سنة أربع وستين ، له ٤٦ حديثا . سير أعلام النبلاء - (٣ / ٤٠)و الأعلام للزركلي - (٨ / ٣٣).

8 - أخرجه ابن ماجه في سننه - كتَاب التِّجَارَات -بَاب الْبَيِّعَانِ بِالْخِيَارِ ما لم يَفْتَرِقَا -رقم٢١٨٢ بلفظ "" عن أبي بَرْزَةَ الْأَسْلَمِيِّ قال: قال رسول اللَّهِ صلى الله عليه وسلم:" الْبَيِّعَانِ بِالْخِيَارِ ما لم يَتَفَرَّقَا "وصححه الألباني ينظر (صحيح وضعيف سنن ابن ماجة - (٥ / ١٨٢) (ج٢/ص٧٣٦) .وهو في صحيح البخاري عن حكيم بن حزام-كتاب البيوع- - بَاب الْبَيِّعَانِ بِالْخِيَارِ ما لم يَتَفَرَّقَا- رقم١٩٧٣ (ج٢/ص٧٣٢).

عمر السابق " الْبَيِّعَانِ بِالْخِيَارِ ما لم يَتَفَرَّقَا أو يقول أَحَدُهُمَا للآخر[1]اخْتَرْ وَرُبَّمَا قال أو يَكُونُ بَيْعَ خِيَارٍ "[2].

وفي أخرى" أو يُخَيِّرُ أَحَدُهُمَا الْآخَرَ "[3]وفي ذلك روايات [أخر][4].

فــــــرعُ: والقول لمنكر التفرق والفسخ إذ الأصل عدمهما.

1 -في صحيح البخاري " لِصَاحِبِهِ ".

2 - أخرجه البخاري في صحيحه -كِتَاب الْبُيُوعِ -بَاب إذا لم يُوَقِّتْ في الْخِيَارِ هل يَجُوزُ الْبَيْعُ –رقم٢٠٠٣ (ج٢/ص٧٤٣).

3 - أخرجه البخاري في صحيحه -كِتَاب الْبُيُوعِ - بَاب الْبَيِّعَانِ بِالْخِيَارِ ما لم يَتَفَرَّقَا وَبِهِ قال بن عُمَرَ وَشُرَيْحٌ وَالشَّعْبِيُّ وَطَاوُسٌ وَعَطَاءٌ وبن أبي مُلَيْكَةَ -رقم٢٠٠٦ (ج٢/ص٧٤٤).

4 - الزيادة من(أ) .

بَـــابُ

"مَا يَدْخُلُ فِي الْمَبِيعِ ونحوه ما ثبت به عرف جار "

أراد "بنحوه" النذر والهبة والوقف والوصية، فإنه يدخل فيها تبعاً ما يدخل تبعاً في البيع، وكذلك الإقرار والمهر وعوض الخلع، وذلك ما جرى به عرف ظاهر في الجهة إذ العرف يختلف باختلاف الجهات والمالكين، فربما يتسامح التجار والملوك بما لا يتسامح به النخاسون، أو نحو ذلك، فيدخل في بيع المماليك بثياب البذلة كما صرح به في قوله " **نحو ثِيَاب بِذْلَة** "وأراد بنحوها، ما جرى العرف، أن نحو البائع للعبد، أو الأمة لا ينتزعه منه إذا أخرجهما عن ملكه كسوار الأمة وسراويلها لا منطقتها، وعمامة العبد .

قال في الغيث : ولا يعد التسامح بالعمامة والمنطقة في حق التجار والسراري [١].

قوله عليلم :"**وعذار**" أي ونحو عذار فإنه يدخل في نحو بيع نحو الفرس.

والمراد بنحو العذار، النعال، وكذا اللبد حيث باع الفرس مع سرجه، إذا كان اللبد[٢] متصلاً بالسرج وإلا فلا إلا العرف، ولا يدخل اللجام والقلادة والسرج، والرِكابان[٣]، حيث بيع الفرس وحده، ونحو الفرس البغل والحمار .

قال في الغيث: وقد ادعى علي بن العباس[٤] إجماع آل الرسول صلى الله عليه وآله على إتباع العرف فيما يدخل تبعاً [٥].

قوله عليلم: " **ونحو ظرف يحوي أرض ودار إنْ كَانَت وإلا ففي نحو مِلْكِ مشترٍ وإلا فبائع وَإِلَّا فَعَيْبٌ** "أراد بنحو الطرق، السواقي والمساقي والأفنية والآبار والأنهار في بيع الأرض التي يسقى منها، إن جرى العرف بدخولها تبعاً لا حيث جرى العرف بعدم دخول الماء، كما في بعض مخلاف صنعاء، وأراد بنحو الأرض البير والبستان، وأراد بنحو الدار الحانوت، والحمام، والسمسرة، ويدخل في بيع الدار كلما ألصق بها لينفع مكانه من دون نقل، كسفل الرحى والمدقة الملصقة مكانها، والأبواب المسلسلة، وكذا المنصوبة وإن لم تكن مسلسلة للعرف دون الموضوعة، وكذا السلم المسمور لا الموضوع .

---

1 - الغيث المدرار ج٣(خ) .

2 - اللبد: واحد اللبود. واللبدة أخص منه. ومنه قيل لزبرة الأسد لبدة، وهى الشعر المتراكب بين كتفيه . (الصحاح للجوهري (٣ / ٩٥).

3 - الركاب للسرج: ما توضع فيه الرجل وهما ركابان المعجم الوسيط (١ / ٣٦٨) .

4 -هو علي بن العباس بن إبراهيم أبو الحسين المعروف بعلي بن العباس العلوي ، كان أحد علماء العترة وفضلائها وراوي علوم آل محمد، كان قاضياً بطبرستان زمن الداعي الصغير، توفي تقريباً في الأربعين والثلاث والمائة.(الجداول الصغرى مختصر الطبقات الكبرى - (٢ / ٢٤٣) .

5 -الغيث المدرار ج٣(خ) .

قال في الغيث: الأقرب أن أعلى الرحى يدخل في جهاتنا لأجل العرف، ويدخل في بيع الدار أعلاها وأسفلها [١].

قيل: وأما المنزل الواحد فلا يدخل في بيع أعلاه، ولا طرقه [٢].

ولا خلاف في أن ما كان حقاً للأرض والدار، ونحوها من الطرق والماء وممره ونحو ذلك، أنه يدخل تبعاً، وإن لم يذكر.

لكن اختلفوا هل الذي يدخل تبعاً مجرد حق السقي والمرور ونحوهما، أو إقرار الطريق والمسقى[٣] والبئر؟

فذكر الفقيه ح على ماحكاه عنه الفقيه ع، أن الذي يدخل إنما هو حق الاستطراق فقط، دون ملك القرار إذا لم يبيعوا الملك من الطريق مع الأرض حتى قال لو باع أرضاً بحقوقها، وفيها بئر لم يدخل قرار البئر، لكن يكون للمشتري حق السقي فقط، ولو خربت [البئر] [٤] وجب على صاحب القرار، وهو البائع أن يصلحها ليتمكن صاحب الحق من حقه كما إذا خرب السفل.

وحكى نحو هذا في شرح أبي ط وظاهر اللمع كما حكى عن م بالله أن الملك يدخل تبعاً.

دليله العذار فإنه يدخل تبعاً مع أنهم لم يبيعوه [٥].

وهكذا في الغيث، وفيه ما لفظه "قلت المبيع العرف فما قضى به من دخول القرار أو غيره فهو المعمول عليه انتهى [٦].

فائـــــدة : قال الداوري في تعليقه على اللمع ما لفظه" قوله ويدخل السراويل وما جرت العادة به من ثياب البذلة [٧].

يعني يدخل ذلك لأجل العرف، ومن هاهنا يؤخذ دخول ملك في تمليك ملك[غيره، وهو خلاف ما كان الفقيه ح يذكره، فإنه قال لا يدخل الملك في تمليك ملك] [٨] آخر تبعاً، وإنما يدخل ما كان حقاً، وعلى الجملة، فالأصل عدم دخول مبيع في مبيع، إلا ما[٩] جرى به

---

1 -المرجع السابق.
2 - الغيث المدرار ج٣(خ).
3 - في (ب)"السقي".
4 - الزيادة من (أ).
5 - شرح أبي طالب(الجامع في الشرح)(خ) و اللمع (خ) .
6 - الغيث المدرار ج٣(ح) .
7 -التعليق على اللمع (خ) .
8 - سقط من (ب).
9 - في (ب)"بما".

العرف من غير حتم لشيء بعينه، فالعرف يختلف بحسب الأوقات والنواحي فيتبع حتى أنه ليدخل في عرف كثير من التجار في بيع الجارية الجلية الكثيرة وفي بيع العبد الكسوة المثمنة .

فائــــدة: وإذا جرى العرف بدخول ذلك في البيع فلا بد أن يكون معلوماً للمتعاقدين فإن لم يكن كذلك فسد العقد، ولا فرق بين البيع[1] وغيره من سائر التمليكات في دخول ما يدخل عرفاً و[2] كذلك الإجارة يدخل ما جرى العرف بدخوله فيها .

[قوله] [3]: "ومن باع أرضاً فحقوقها[4] هذه للم بالله إلى قوله:" وكذلك الهبة"، ولا فرق عنده بين أن يقول فحقوقها[5]، أو حقوقها فإن إدخال الحقوق في العقد لا يفسده وبه قال ص بالله.

ويأتي[6] على ما ذكره المتأخرون لأبي طالب أن ذلك يفسد العقد لإدخال الحقوق في البيع وبيعها لا يصح منفردة.

وم بالله وص بالله: يقولا لا يصح مع الانفراد[/7] ويصح مع الاجتماع.

وقد يكون للاجتماع ما لا يكون للانفراد في مواضع عدة :

منها: بيع الشجرة والثمرة وبيع الثمرة، وحدها قبل بدو الصلاح.

[و] [8] قوله: "أن الطريق والمسيل [يدخلان في البيع في ديار الديلم وكذلك عرف جهاتنا إذا كانت الطريق والمسيل] [9]غير مضافين إلى ملك بل مستقلين، ثم لا فرق على ظاهر ما ذكره م بالله وغيره، بين أن يكون الطريق والمسيل حقاً أو ملكاً، فإن ذلك وإن كان ملكاً يدخل [/10] العرف كما قدمنا في دخول العذار، ودخول السراويل وثياب البذلة .

و[قيل] [11]ع: لا يدخل من ذلك إلا ما كان حقاً لا ملكاً، فإن كان ملكاً دخل الحق فيه للمشتري الاستطراق والمسيل والملك باق للبائع،

---

1 - في (ب)"المبيع".
2 - في (ب)"أو".
3 - الزيادة من (ب).
4 - في (ب)"بحقوقها".
5 - في (ب)"بحقوقها".
6 - في (ب)"فيأتي".
7 - نهاية ورقة ٢٣٠ من(أ).
8 - الزيادة من (أ).
9 - الزيادة من (أ).
10 - نهاية ورقة ٢٣٩ من (ب).
11 - في (ب)"قال الفقيه"بدل ما بين المعقوفتين.

والصحيح ما تقدم ووجهه العرف [١].

ووجهه ما ذكره الفقيه ح أن الأموال لا تنتقل من ملك إلا بلفظ من ألفاظ التمليك، أو ما في معناه، وهاهنا لم يكن شيء من ذلك وتظهر الفائدة من كلام الفقيه ح ،وما ذكرناه من وجوه صاحب الملك في العين[٢] [والبئر والطريق] [٣] يتصرف في ملكه بما شاء على قولنا أن ذلك قد دخل في ملك المشتري، وله التصرف فيه بالبيع ونحوه وبعضه، والصلاة فيه، وإن حدث فيه خلل لم يلزم البائع إصلاحه[٤] لأنه قد صار خارجاً عن ملك البائع، وعلى ما ذكره الفقيه ح ليس للمشتري التصرف في ذلك بالبيع ونحوه، بل للبائع التصرف فيه بما شاء على حد لا يلحق المشتري ضرر في طريقه ومسيله وشرائه، فله نقض البئر وأخذ حجارتها وتصليحها بحجارة أخرى، وله الصلاة فيها، وفي المسيل والطريق وإن كره المشتري لأنها ملكه، وعليه إصلاح ما فسد من ذلك إذا دخل منه ضرر على المشتري فيما ذكرنا، لأنه عنده ملك للبائع وقد تعلق به حق للمشتري كالدار المؤجرة إذا انهدمت.

وقيل في شرح أبي طالب الكبير مثل [ما] [٥] ذكره الفقيه ح" انتهى ما ذكره الدواري بلفظه [٦].

وقد تقدم ما يتضمن أصل معناه لكن فيما ذكره زيادة وتفصيل وعلى ما ذكره، ففي بيوع أهل الجهات الصعدية للأراضي والأعناب بحقوقها من الآبار أشكال لا يخفى، لأنه إن بنى على أن حقها من البئر ونحوها حق لا ملك، فهم لا يلزمون البائع إصلاح ما تغير من ذلك، ولا يسوغون له التصرف فيه، وإن بنى على أنه ملك لزم من ذلك فساد البيع إذ قد يكون غيره معلوماً للمتبايعين في الأغلب والله أعلم .

وقوله عليلم:" **إنْ كَانَت**.. إلى آخره معناه إن كانت الطرق ونحوها ثابتة معتادة دخلت تبعاً كما تقدم، وإن لم يكن لها طرق ثابتة [معتادة] [٧] كانت في نحو ملك المشتري، وأراد[٨] بنحو ملكه الحق الثابت له كحريم داره ونحوه لا لو لم يكن له إلا حق المرور في ملك غيره فلا يكفي ذلك، إذ لا يستحق المرور فيه إلى هذا المبيع، ثم إذا لم يكن للمبيع طريق

---

1 -الغيث المدرار ج٣(خ) .

2 - في (ب)"العتق".

3 - في (ب)"والطريق والبئر" بدل ما بين المعقوفتين.

4 - في (ب)"أصلاً".

5 - في (ب)"ذلك الذي" بدل مابين المعقوفتين.

6 - شرح أبي طالب (الجامع في الشرح) (خ) .

7 - الزيادة من (أ).

8 - في (ب)"فأراد".

في ملك المشتري ونحوه لزم البائع أن يكون الطريق في ملكه ونحوه، ويجبر الحاكم البائع على ذلك إن كان له ملك أو نحوه متصل بالمبيع .

وقوله:"**وإلا فعيب**" معناه وإن لم يكن للمشتري ولا للبائع ملك متصل بالمبيع ولا طريق إليه مستحقه كما تقدم، ولاثم[1] طريق مباح فعدم الطريق حينئذ عيب فأما رضيه المشتري وإلا فسخ .

قال في الغيث: "وإنما قلنا أنه إذا لم يكن للأرض المبيعة طريق معتاد كان طريقها في ملك المشتري، لأنه لا يجب على البائع أكثر مما وقع به التلافظ، إذا تمكن المشتري من قبض ما تناوله العقد، فلا يلزم البائع أكثر من ذلك فيكون الطريق في ملك المشتري حينئذ، فإن لم يكن في أملاك المشتري ما يمكن التطرق فيه إلى المبيع، ولا ثمة طريق مباح وجب على البائع أن يجعل له طريقاً في ملكه ليتمكن المشتري من الانتفاع بالمبيع لأنه يجب عليه التسليم على وجه يتمكن المشتري من الانتفاع بالمبيع لأنه كان عدم الطريق إليه عيباً يفسخ به انتهى [2].

وفيه مخالفة لما ذكره في البحر حيث قال: وَالطُّرُقُ الْمُعْتَادَةُ.

قُلْت: إنْ كَانَتْ وَإِلَّا فَفِي مِلْكِ الْبَائِعِ إنْ كَانَ، إذْ عَلَيْهِ التَّسْلِيمُ، وَإِلَّا فَفِي مِلْكِ الْمُشْتَرِي إنْ كَانَ وَإِلَّا فَعَيْبٌ انتهى [3].

[فقدم ملك البائع على ملك المشتري] [4] والذي ذكره في الغيث هو المعتمد، والله أعلم.

قوله عليلم: " **ونَابِتٌ لسَنَةٍ فَصَاعِدًا إلا معتاد قطع حاصلاً لَمْ يُشْتَرَطْ**" أي ويدخل في بيع الأرض شجر نابت إذا كان مما يبقى في العادة سنة فصاعداً كالنخيل، والأعناب، وأصول القضب والكراث، ذكر ذلك م بالله، لأن ما كان كذلك فهو يشبه[5] الأبنية التي فيها لثبوته واستقراره، ولا يدخل في البيع ما يعتاد قطعه من ذلك النابت إذا كان حاصلاً حال البيع، وذلك كالثمار وورق أغصان الحناء و الهَدَس[6] ونحوهن، فإنها لا تدخل في البيع تبعاً لأنها في حكم المباينة للأصول، وكالخارجة عنها[7] فأشبهت الشيء الملقى على ظهر الأرض المبيعة، أو على أغصان الشجرة المبيعة فكما أن مثل ذلك لا يدخل في بيع الأرض،

---

1 - في (ب)"و لاثمة".
2 -الغيث المدرار ج٣(خ) .
3 - البحر الزخار - (٨ / ٤٠٨).
4 - الزيادة من (ب).
5 - في (ب)"شبيه".
6 -هو شَجَر الآس ، قال الصّاغانيّ : في لُغَةِ أَهْلِ اليَمَن قاطِبَةً . تاج العروس من جواهر القاموس - (١٧ / ٢٧).
7 - في (ب)"منها".

والشجر فكذلك[1] الثمر والورق والأغصان التي يعتاد قطعها في كل سنة أو نحوها، فإن أدخلت في العقد دخلت هذا ما حصله السيدان[2] للمذهب، وهو قول الحنفية أن الزرع للبائع، وكذلك الكلام في الشجرة إذا بيعت وعليها ثمر، فإن ثمرها للبائع حيث لم يدخل في العقد وسواء في ذلك النخل وغيره أبرت أم لم تؤبر [3].

وعن ابن أبي ليلى أن الزرع والثمر للمشتري أبر النخل أم لا، وإن لم يشترطه [4].

قال في شرح الإبانة: إلا أنه خلاف الإجماع [5].

وقال ش ومالك، وقد روي عن الناصر و[عن] [6] ابن أبي الفوارس للمذهب و[هو] [7] ظاهر كلام الهادي في التفليس، أنه إذا بيع النخل أو الأرض التي فيها النخل، وقد أبر النخل أن الثمر يكون للبائع، فإن لم يكن قد أبر فللمشتري [8].

واحتجوا لذلك بنحو ما أخرجه الستة من حديث ابن عمر قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وآله يقول" من ابتاع"[9]، وفي رواية " من بَاعَ نَخْلًا قد أُبِّرَتْ فثمرتها[10] لِلْبَائِعِ إلا أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُبْتَاعُ " هذه في رواية مسلم والترمذي وأبي داود وللبخاري بمعناه[11][12].

قالوا فمفهومه أنها إن لم تؤبر فهي للمشتري [13].

قال أهل المذهب والحنفية: قد نص في الخبر على المؤبر أنه للبائع

1 - في (ب)"فكذا".
2 - في (ب)"السادة".
3 - البحر الزخار (٨ / ٤٠٨)و الجوهرة النيرة - (٢ / ٢١٠) .
4 - شرح فتح القدير - (٦ / ٢٨٣) .
5 - شرح الإبانة (خ) .
6 - الزيادة من (ب).
7 - الزيادة من (أ).
8 - شرح الأزهار - (٣ / ١٢٨) .
9 - أخرجه البخاري في صحيحه -كِتَاب الْبُيُوعِ -بَاب الْكَيْلِ على الْبَائِعِ وَالْمُعْطِي ....رقم٢٠١٩ بلفظ" من ابْتَاعَ طَعَامًا فلا يَبِعْهُ حتى يَسْتَوْفِيَهُ " (ج٢/ص٧٤٨). ومسلم في صحيحه -كِتَاب الْبُيُوعِ - بَاب بُطْلَانِ بَيْعِ الْمَبِيعِ قبل الْقَبْضِ-رقم١٥٢٦ (ج٣/ص١١٦٠). و أبو داود في سننه -أول كتَاب الْجِهَاد - بَاب في بَيْعِ الطَّعَامِ قبل أَنْ يَسْتَوْفِيَ -٣٤٩٢ (ج٣/ص٢٨١). والترمذي في سننه -كِتَاب الْبُيُوعِ -بَاب ما جاء في كَرَاهِيَةِ بَيْعِ الطَّعَامِ حتى يَسْتَوْفِيَهُ –رقم ١٢٩١ (ج٣/ص٥٨٦). و ابن ماجه في سننه -كتاب البيوع -بَاب النَّهْيِ عن بَيْعِ الطَّعَامِ قَبْلَ ما لم يُقْبَضْ -رقم٢٢٢٦ (ج٢/ص٧٤٩). و أحمد في مسنده - مسند عمر بن الخطاب رضي الله عنه -رقم٣٩٦ (ج١/ص٥٦).
10 - في (أ)"فثمرها".
11 - قلت "بل بمثله".
12 - أخرجه البخاري في صحيحه -كِتَاب الْبُيُوعِ - بَاب من بَاعَ نَخْلًا قد أُبِّرَتْ أو أَرْضًا مَزْرُوعَةً أو بِإِجَارَةٍ ... -رقم٢٠٩٠ (ج٢/ص٧٦٨). وصحيح مسلم -كِتَاب الْبُيُوعِ -بَاب من بَاعَ نَخْلًا عليها ثَمَرٌ -رقم ١٥٤٣ (ج٣/ص١١٧٣). و أبو داود في سننه -كتاب الْإِجَارَةِ -بَاب في الْعَبْدِ يُبَاعُ وَلَهُ مَالٌ -رقم٣٤٣٣ (ج٣/ص٢٦٨) والترمذي في سننه -كِتَاب الْبُيُوعِ -بَاب ما جاء في ابْتِيَاعِ النَّخْلِ بَعْدَ التَّأْبِيرِ وَالْعَبْدِ وَلَهُ مَالٌ -رقم١٢٤٤ (ج٣/ص٥٤٦).
13 - بداية المجتهد - (٢ / ١٥٢)و شرح الأزهار - (٣ / ١٢٨) .

ويقاس[١] غير المؤبر على سائر ثمار الأشجار، وإنما خص النبي صلى الله عليه وآله النخل بالتأبير بياناً لما يعتادونه [٢].

قال في شرح الإبانة:" والقطن إن شقق جوزه فهو للبائع كالمؤبر وإلا فهو للمشتري كغير المؤبر، بخلاف سائر [٣/] الثمار فهي للبائع [٤].

والتأبير التلقيح للنخل خاصة، يقال أبر النخلة وأبرها بالتخفيف والتشديد ونخلة [٥/] مأبورة ومؤبرة[٦] والاسم منه الإبار [بكسر الهمزة وتخفيف الباء] [٧] [٨].

وصفة التأبير أن [يؤخذ] [٩] ذكور النخل في طلع إناثها بعد التشقيق ليكون ثمرها أجود، ومراد الفقهاء به تشقق الطلع ولو بنفسه [١٠].

وقوله: " حاصلاً" لم يشترط معناه أن الثمر الحاصل ونحوه في المبيع حال البيع إن لم يشترط المشتري أنه له بقي للبائع وإن[١١] اشترط ذلك كان له، فإن قيل كيف قلتم إذا اشترط المشتري الثمر وإن[١٢] لم يصح كان له مع أن يبعه قبل نفعه لا يصح، فقد جمع في العقد بين ما يصح بيعه [وما لا] [١٣]،والقياس أنه يفسد العقد فجوابه أن هذه الصورة مخصوصة بالخبر والإجماع .

فـــــرعٌ : واختلف في الأغصان التي تقطع كأغصان التوت، هل هي كالصوف فتدخل بيعاً في بيع شجرة التوت إذ[١٤] هي الثمرة فلا تدخل تبعاً إلا إذا سميت، حكى في الزوائد عن ط وأبي جعفر أنها تدخل تبعاً كالصوف وهو ظاهر مذهب ش [١٥].

---

1 - في (ب)"ويقيس".
2 -الغيث المدرار ج٣(خ) و شرح فتح القدير - (٦ / ٢٨٣).
3 - نهاية ورقة ٢٣١ من (أ).
4 - شرح الإبانة (خ) .
5 - نهاية ورقة ٢٤٠ من (ب).
6 - في (ب)"ومؤبورة".
7 - الزيادة من (ب).
8 -الصحاح للجوهري (٣ / ١٣٥).
9 - في (ب)"يوضع طلع"بدل مابين المعقوفتين.
10 -القاموس الفقهي (١ / ١١).
11 - في (ب)"فإن".
12 - في (ب)"فإن".
13 - الزيادة من (أ).
14 - في (ب)"أو".
15 - الزوائد (خ) والغيث المدرار ج٣(خ)و شرح الأزهار - (٣ / ١٢٨)و المهذب - (١ / ٣١١).

وقال م بالله: لا تدخل [١]، وهو المصرح به في الأزهار ومقتضى عبارة الأثمار [٢].

قال الأستاذ: على أصل م بالله، وللمشتري أن يطالب البائع بقطعها، ويحتمل أن يصير المشتري حتى تتم الأوراق كالزرع.

وقال الأستاذ: وإذا باعها قبل أن تُورْق يعني الأغصان فهي للمشتري يعني إذا باع الشجرة قبل أن تورق الأغصان كانت الأغصان للمشتري [٣].

قال في الروضة: هذا إجماع وإنما الخلاف إذا باعها مورقة [٤].

قيل: وأغصان الحناء كالتوت [٥].

قلت: ولعل الهدس مثلهما والله أعلم .

تنبيــــه: إذا لم تدخل الأغصان في البيع وأخذت أوراقها ثم طلعت عليها أوراق أخر.

فقال الحقيني[٦] وأبو مضر أنها لصاحب الأغصان، وقيل: لصاحب الأصول، وقيل لبيت المال، والأول أصح[٧].

فـــــرع: وأما الأغصان التي لا تقطع في العادة فلا خلاف في دخولها إذا كانت رطبة، وأما إذا كانت يابسة فقيل لا تدخل لأنه يعتاد قطعها.

وتدخل العروق أيضاً في بيع الشجرة [٨]إلا أن يشرط قطعها، فإن شرط قطعها لم تدخل عروقها بل تقطع الشجرة من على وجه الأرض، ولا تدخل في بيع الشجرة قرارها من الأرض، وإن لم يشترط قطعها بل يكون ذلك حقاً لها إلى حيث تمتد عروقها مادامت حية، فإن اقتلعت أو نقلها المشتري لم يكن له أن يغرس بدلها وإن يبست زال الاستحقاق .

فـــــرعٌ: ومن باع شجراً أو بنى في أرض[٩] وهو مستأجرها قبل مضي مدة الإجارة مع علم المشتري بذلك احتمل أن يستحق المشتري بقاء المبيع بقية المدة بالأجرة وهو الأقرب، أو مجاناً كما لو كانت الأرض ملكاً للبائع والله أعلم .

---

1 - البحر الزخار (٨ / ١١٠) .
2 - الغيث المدرار ج٣(خ)و شرح الأزهار - (٣ / ١٢٨).
3 - المرجع السابق.
4 - الروضة المشهورة في الفقه لمحمد بن سليمان بن أبي الرجال (مخطوط).
5 - شرح الأزهار - (٣ / ١٢٨) .
6 - هو الحقيني يحيى بن أحمد بن الحسين المؤيد بالله ذكره الدواري (حاشية شرح الأزهار (٣ / ١٣٢).
7 - شرح الأزهار - (٣ / ١٢٨) .
8 - في (ب)"الشجر".
9 - في (ب)"الأرض".

قوله عليلم: " **وَيَبْقَى لِلصَّلَاحِ بِلَا أُجْرَةٍ** " يعني أن الثمر والغصن والورق إذا لم تدخل في الملك بل بقيت على ملك البائع وجب أن يبقى في الشجرة بلا أجرة إلى أن يصلح الثمر للجذاذ[١]، والغصن والورق للقطع، حسب العادة هذا هو المختار للمذهب.

وعن ص بالله وابن أبي الفوارس: أنه يجب على البائع قطعه إن لم يرض المشتري ببقائه، وعن أبي مضر يجب بقاؤه [٢].

وعلى البائع الأجرة للمشتري لأن ذلك انتفاع بملك الغير كما في الدار المبيعة إذا بقيت فيها آلات البائع.

لنا: أنه إذا باع الأرض دون الزرع أو[٣]الشجر دون الثمر فقد استثناهما على الوجه الذي لا يتمان [إلا] [٤] به ولا يصح قبض المبيع حينئذ بالتخلية إلا أن يرضى المشتري لأن المبيع مشغول بملك البائع ذكر معناه في الغيث [٥].

وقال **تنبيــــــهٌ**: **اعلم** أنهم يوجبون الأجرة في مسألة الشفعة اتفاقاً ولا يوجبونها في مسألة التفليس اتفاقاً، والخلاف لهما[٦] هو في هذه المسألة أتلزم الأجرة أم لا.

قيل ل: وإذا أنفق البائع على الزرع بسقي أو غيره وكان أدخله في البيع لم يرجع على المشتري بما أنفق على ذلك قبل القبض لأنه في ضمانة فصار ذلك كنفقة العبد [٧].

قوله عليلم: " **فَإِنْ اخْتَلَطَ بما حدث ولو قَبْلَ الْقَبْضِ قُسِمْ** " يعني فإن اختلط الثمر ،أو الأغصان الموجودة في الشجر حال العقد بما حدث منها بعد ذلك في ملك المشتري حتى التبس القديم بالحديث فإنها تقسم بين البائع والمشتري، ولو وقع الاختلاط واللبس قبل قبض المشتري للشجرة المبيعة هذا هو المصحح للمذهب وهو اختيار المؤلف عليلم وجده المهدي عليلم .

وعند أبي مضر أن العقد يفسد بوقوع الاختلاط قبل القبض لتعذر تسليم المبيع حينئذ ورد بأن المبيع متميز حال البيع وإنما طرأت[٨] الجهالة لأمر حدث، والتسليم ممكن بالقسمة، وقيل يثبت للمشتري خيار تعذر التسليم كبيع الآبق والمغصوب،

---

1 -هو فَصْلُ الشيءِ عن الشيءِ". (القاموس المحيط - (١ / ٤٢٣)
2 - شرح الأزهار - (٣ / ١٢٩) .
3 - في (ب)"و".
4 - الزيادة من (ب).
5 -الغيث المدرار ج٣(خ) .
6 - في (ب)"إنما".
7 - الغيث المدرار ج٣(خ) .
8 - في المخطوط "طرت".

والصحيح ما تقدم [١].

قوله عليلم: " **وَيُبَيِن مُدَّعِي الْفَضْلِ** " يعني أن ادعاء البائع أو المشتري أن الذي له من الثمر ونحوه أفضل أو أكثر من الذي للآخر فالبينة عليه بذلك.

قيل: بلا خلاف على القول بالقسمة [٢].

فائـــــدة: إذا بقي الثمر للبائع إلى الجذاذ.

قيل: فلكل من البائع والمشتري أن يسقي الشجر إن لم يضر السقي ملك الآخر وليس للآخر منعه والحال هذه، لأن ذلك إضرار فإن ضرّهما كليهما لم يجز لأيهما إلا برضا الآخر وإن ضر تركه الشجر وجب على البائع أن يستقيه أو يقطع ثمره وللمشتري أن يطالبه بفعل أحد الأمرين دفعاً للضرر [٣] لحديث أحمد وابن ماجه "لا ضرر ولا ضرار"[٤] .

قوله عليلم: " **وَمَا اُسْتُثْنِيَ أَوْ بِيعَ مَعَ حَقِّهِ بَقِيَ وعُوِّضَ وَإِلَا رَفَع** " ومثال ذلك: أن يبيع أرضاً ويستثني أشجارها بحقوقها أو يبيع الأشجار بحقوقها فإن ذلك كله لا [٥] يوجب بقاء الشجر في قرارها إذ هو من الحقوق وإذا اقتلع [شيء منها] [٦] بنفسه أو بفعل فاعل كان لمالكه أن يغرس عوضه مكانه من جنسه وحكم الجدار حكم الشجرة في ذلك كله والقرار ملك لمالك الأرض وليس لصاحب الشجرة فيه إلا حق اللبث فقط.

وقوله: "وَإِلَا رَفَع " معناه وإلا[٧] يستثني حقوق الشجرة حيث باع الأرض [من] [٨] دونه أو لم يشترط حقوق الشجر حيث اشتراه دون الأرض فإنه يجب عليه[٩/] رفع الشجر في الصورتين كلتيهما إلا أن يرضى مالك الأرض ببقائه هذا هو المصحح للمذهب .

وقال أبو مضر: الصحيح للمذهب أن الشجرة إذا انقلعت والبناء إذا أنهدم لم يكن لمالكه تعويضه لأن الحق إنما هو لذلك المعين وهو ظاهر مذهب ش [١٠].

---

1 - شرح الأزهار - (٣ / ١٢٩) .
2 -المرجع السابق.
3 - في (ب)"للضرورة".
4 - سبق تخريجه صــــ ٦٢١ .
5 - في (ب)"شطبت".
6 - في (ب)"منها شيء"بدل ما بين المعقوفتين.
7 - في (ب)"وإن لا".
8 - الزيادة من (ب).
9 - نهاية ورقة ٢٤١ من (ب).
10 - شرح الأزهار - (٣ / ١٣٠).

تنبيـــــهٌ: [و] [1]إذا اشترى الشجرة ولم يشترط قطعها ولا بقائها ولا قال بحقوقها فإن البيع يصح ويلزمه قطعها[2/] من ظاهر الأرض كما لو شرط القطع إذ لا تدخل العروق [في البيع] [3].

قيل: ذكره ابن معرف[4]، فإن جرى العرف ببقائها مدة معلومة صح وبقيت إلى تمامها، وإن كانت المدة مجهولة فسد العقد، وإن اشترط المشتري بقاءها صح ولزم إن كانت المدة معلومة، فإن كانت المدة مجهولة فسد العقد على الأصح، وإن كان المشترط لبقائها هو البائع فإن لم يكن له في ذلك نفعٌ فسد العقد، وإن كان له فيه نفع صح إذ هو بمنزلة استثناء منافعها، وهذا ظاهر حيث تكون مدة البقاء معلومة .

وأما إذا كانت مجهولة فقيل ح يفسد العقد، والقياس صحته على قولنا بصحته استثناء الحق مطلقاً مع كون المدة مجهولة والله أعلم.

تنبيـــــهٌ: [و] [5] إذا اشتريت شجرة بحقوقها فامتدت أغصانها في المستقبل زيادة على ما كانت عليه وقت البيع.

فقال أبو مضر: يكون للبائع مطالبة المشتري بقطع ذلك الزائد .

وقيل ي ح: بل الأولى أن ليس للبائع ذلك كما هو عرفنا الآن.

قيل: وإذا أراد المشتري أن لا يطالبه البائع بقطع ما امتد اشترط في الهوى أذرعاً معلومة فوق الشجرة وحولها [6].

قلت: والأقرب أن العروق كالأغصان فيما ذكر، ويحتمل أن لا يكون للبائع المطالبة بقطع ما أمتد من العروق اتفاقاً إذ لم تجر العادة بذلك لما فيه من الحرج والله أعلم.

[قوله عليلم] [7] :" **وَلَا يَدْخُلُ مَعْدِنٌ و دَفِينٌ وَلَا دِرْهَمٌ فِي بَطْنِ نحو سَمَكٍ** "أي لا يدخل في بيع الأرض ما فيها من معدن أو دفين[8] من طعام أو غيره.

---

1 - **الزيادة من (أ).**

2 - **نهاية ورقة ٢٣٢ من (أ).**

3 - **الزيادة من (أ).**

4 - **في كتابه "بيان ابن معرف" وهو المسمى (بالمنهج المنير الجامع لفوائد التحرير) (خ) .و ابن معرف هو محمد بن عبد الله بن معرف القاضي العلامة،له كتاب (المذاكرة) ، و(المنهج المعروف بمنهج ابن معرف) توفي بعد ٦٥٧هـ، طبقات الزيدية الكبرى (٢ / ٤٢٨).**

5 - **الزيادة من (أ).**

6 - **الغيث المدرار ج٣(خ) .**

7 - **الزيادة من (أ).**

8 - **في(ب) زيدت بعدها [أي لا يدخل في بيع الأرض] وكونها مكررة فيستحسن حذفها.**

أما الدفين[1] فلا خلاف فيه، وأما المعدن فلشبهه بالدفين إذ ليس من جنس الأرض.

وعند الناصر وح وش: أن المعدن يدخل في بيع الأرض لأنه ملك لمالكها عندهم [2].

[و] [3] قوله:" وَلَا دِرْهَمٌ فِي بَطْنِ نحو سَمَكٍ " أراد بنحو السمك سائر الحيوانات المملوكة فإن الدرهم الموجودة في بطنها لا يدخل في بيعها بلا خلاف، وإنما أعاد المؤلف عليلم حرف النفي في قوله "ولا درهم" لينفصل عما قبله إذ المعدن والدفين لا يكونان في بطن نحو السمك [وإن كان ذلك معلوماً .

[قوله عليلم] [4]: " **والْإِسْلَامِيُّ لُقَطَةً غالباً** " أي والدرهم الموجود في بطن نحو السمك [صح] [5]][6] إذا كان من ضربة الإسلام فهو لقطه وسيأتي حكمها.

وقوله: "غالباً " احتراز من أن يدعيه البائع ولم يكن قد مضى للمبيع مع المشتري بعد البيع وقت يجوز أنها ازدردته فيه فإن كان قد مضى وقت يمكن فيه ذلك وادعاه المشتري كان القول له وإن لم يدعه أيهما فهو لقطه كما تقدم، هذا إذا كان في بطن الشاة ونحوها، وأما الذي في بطن السمك فليس للبائع أن يدعيه عقيب اصطيادها ولا للمشتري إلا أن يكون قد حبسها المشتري[7] فيما يملكه، ومضى عليها وقت يجوز أنها ازدردته منه فلو أقر أنه لم يحبسها لم يقبل قوله وكان الدرهم لقطة لأنا نعلم حينئذ أنها ازدردته في البحر.

قوله عليلم: " **والْكُفْرِيُّ وَالدُّرَّةُ لِلْبَائِعِ غالباً** "أي والدرهم الذي من ضربه الكفر،[8] والدرة إذا وجد في بطن الحيوان المملوك المبيع فإنه يحكم بهما للبائع لأنهما لا يدخلان تبعاً، ولا يعلم أن البيع شملهما .

وقوله "غالباً" احتراز من أن يكون قد مضى وقت مع المشتري بعد البيع يمكن ازدرادهما فيه فإنهما يكونان للمشتري أي إن ادعاهما.

قال في الغيث: وإنما لم يعتبر[9] الدار يعني في السمك لأنها قد تختلف من دار [الإسلام إلى دار الكفر] [10]والعكس [1].

---

1 - أي المدفون. المعجم الوسيط ــ (١ / ٢٩٠).
2 - بدائع الصنائع - (٢ / ٦٨)و الحاوي في فقه الشافعي - الماوردي - (٥ / ١٧٧) .
3 - الزيادة من (ب).
4 - الزيادة من (ب).
5 - الزيادة من (ب).
6 - " سقطت من المتن واستدركت في الحاشية من(ب) ".
7 - في (ب)"المدعي".
8 - الذي لا يتعامل به (حاشية شرح الأزهار - (٣ / ١٣٢).
9 - في (ب)"يعتبروا".
10 - في (ب)" الكفر إلى دار الإسلام " بدل مابين المعقوفتين.

وقيل: إذا صيدت من[٢] دار الإسلام كان ذلك لقطة .

قيل [ح] [٣]: ولا فرق على ما حكاه أبو مضر بين أن تكون الدرة مثقوبة أم غير مثقوبة في أنها للبائع، وهو ظاهر إطلاق الأزهار [٤].

وقال الكافي:" إن كانت مثقوبة فلقطة بالإجماع كما نص عليه الناصر في الإبانة، وإن كانت غير مثقوبة فهي للمشتري [أي] [٥] إن كان هو الشاق لبطن السمك، وسواء علم البائع والمشتري بها أم لم يعلما [٦].

وإن كان الشاق غير المالك، ففي الزوائد ثلاثة أقوال:

الأول لأبي جعفر: أنها للشاق من غير تفصيل، لأن سبيل ذلك سبيل المعدن في أرض الغير في أنه للواجد.

الثاني: أطلقه في الزوائد وهو [أنه] [٧] إن ملكها غير الشاق بالاصطياد فهي للشاق وإن ملكها بالشراء فهي للمالك .

الثالث: عن محمد بن منصور[٨] والإمام أبي طالب الأخير[٩] والإمام أبي الفضل[١٠] أن الدرة لصاحب السمكة في الوجهين والحجة واضحة [انتهى] [١١] [١٢].

قوله عليلم: " **والْعَنْبَرُ ونحوه فِي نحو سَمَكٍ لِلْمُشْتَرِي**" أي وأما العنبر إذا وجد في بطن سمكة، وكذا نحو العنبر وهو نافجة المسك[١٣] إذا وجدت في سرة ظبي، فإنهما يكون للمشتري لهما

ممن اصطادهما[١] وكذا إذا وجد سمكة في بطن السمكة المبيعة.

---

1 - شرح الأزهار - (٣ / ١٣٢).
2 - في (ب)"في ".
3 -الزيادة من (أ).
4 - شرح الأزهار - (٣ / ١٣٢) .
5 -الزيادة من (ب).
6 -الْكَافِي في شرح الوافي (خ).
7 -الزيادة من (ب).
8 -هو علامة العراق الشيخ الإمام محمد بن منصور المرادي أبي جعفر الكوفي، المتوفى بعد سنة ٢٩٠هـ تسعين ومائتين عن نحو مائة وخمس سنوات. طبقات الزيدية الكبرى (١ / ١٩) .
9 - هو الإمام أبو طالب الصغير وهو يحيى بن الحسين بن أحمد بن أبي القاسم الحسين بن المؤَيَّد أبي الحسين الهاروني (مطلع البدور ومجمع البحور - (٢ / ٣٣٦). وفي (حاشية شرح الأزهار - (٣ / ١٣٢).هو الحقيني يحيى بن أحمد بن الحسين المؤيد بالله .
10 - اسمه محمد بن أحمد بن الحسين بن الهادي وهو الناصر . حاشية شرح الأزهار (٣ / ١٣٢).
11 - الزيادة من (ب).
12 - الزوايد للشيخ محمد الجيلي الناصري (خ)..
13 - هي جلدة تقطع مع المسك من غزالته(شرح الأزهار - (١ / ٣٧) .

قال أبو جعفر: وسواء علم البائع أم لم يعلم.

أما العنبر والمسك فلأنهما[2] مما يأكله السمك فهما حينئذ في حكم العلف الذي في جوف البهيمة وأما[3] السمك فلأنه بعض دم الغزال فهو جزء منه فدخلت هذه الثلاثة في البيع قطعاً[4].

[و] [5]قال في الغيث: ولا أحفظ في ذلك خلافاً والحجة واضحة انتهى [6].

وقد تقدم في كتاب الطهارة ذكر حقيقة العنبر والسمك والله أعلم.

"**فَصْـــــلٌ**"

---

1 - في (ب)"اصطادها ".
2 - في (ب)"فإنهما ".
3 - في (ب)"فأما ".
4 - شرح الأزهار - (٣ / ١٣٢) .
5 - الزيادة من (ب).
6 - الغيث المدرار ج٣(خ) .

[حكم بيع الموصوف مشروطاً]

"**ومن اشترى مشاراً إليه موصوفاً ولو بشرط صح وخير في الأدنى مع الجهل غالباً**
"أي من اشترى شيئاً مشاراً إليه حال عقد البيع موصوفاً [بصفة] [1] نحو أن يقول بعتك هذا البر ولو وقع ذلك الوصف بشرط سواء كان الشرط حقيقياً حالياً نحو بعتك هذا إن كان براً أو على جهة العقد كعلى أنه بر[2]، فإن العقد يصح في جميع ذلك ويخير المشتري خيار فقد الصفة حيث وجد المبيع أدنى مما وصف به وإنما يخير مع الجهل بفقد تلك الصفة لا مع العلم بذلك، وإنما صح العقد لأن الإشارة أقوى من الصفة فكان الحكم لها لا للصفة فإذا قال بعتك[3] هذا البر وهو في جوالق[4] فكشفه فإذا هو شعير أو العكس أو هذه النعجة فإذ هو كبش أو العكس فإن البيع يصح لما تقدم، ويخير المشتري في الأدنى [كما مر ما لم يكن عالماً بفقد الصفة حال البيع فيبطل خياره .

قيل أو يقبض الأدنى] [5]عالماً به، فإنه يبطل خياره بذلك أيضاً لأن ذلك يدل على الرضا وقواه المؤلف عليلم وهو خلاف ظاهر التذكرة وغيرها [6].

وأما إذا وجد المبيع أعلى مما وصف البائع كأن يقول بعتك هذا الشعير فإذا هو بر فلا خيار له سواء كان عالماً أم جاهلاً خلاف ابن أبي الفوارس فقال يخير مع الجهل [7].

قال في الغيث: والأقرب عندي أن العبرة بغرض المشتري فإن انكشف خلاف غرضه خير وإن كان أعلى[8] انتهى [9].

وقوله:" غالباً " احتراز من خمس صور:

الأولى: أن تكون الصفة مشروطة، ووقعت المخالفة لمعظم المقصود والغرض فإن البيع يفسد، وذلك نحو أن يشتري الرقيق على أنه عبد فيجده جارية أو نعاجاً للنتاج فيجدها ذكوراً.

---

1 - الزيادة من (أ).
2 - في (ب)"طمس مكانها".
3 - نهاية ورقة ٢٤٢ من (ب).
4 - الجوالق: وعاء (الصحاح للجوهري (٥ / ١٤٠).
5 - الزيادة من (أ).
6 -شرح الأزهار - (٣ / ١٣٧) و التذكرة (٣٦٣) .
7 - الغيث المدرار ج٣(خ) .
8 - في(ب)"أدنى".
9 -المرجع السابق.

ووجه فساده أنه [يكون] [١] مشروط في انعقاده لموافقة[٢] عرضه فإذا لم يحصل الشرط بطل المشروط.

الثانية: أن تكون الصفة مشروطة أيضاً ووقعت في الجنس فإن البيع يفسد أيضاً مطلقاً سواء علم البائع أم جهل وسواء علم الأعلى أم الأدنى .

مثاله: شريت منك هذا الحب على أنه بر فإذا هو شعير وإنما فسد هنا لأنه شرط في نفوذ العقد أن يكون براً فلما لم يحصل الشرط بطل المشروط كما مر، هذا هو المختار للمذهب أن العقد في هذه الصورة يكون فاسداً وظاهر كلام تعليق الإفادة أنه يكون باطلاً [٣].

وقال الإمام يحيى والفقيه ح: أنه صحيح لكن للمشتري إبطاله بخيار فقد الصفة إن وجده أدنى[٤].

قال في الانتصار: يخير مع البقاء ويرجع بما بين القيمتين مع التلف [٥].

والحجة لنا ما تقدم من أنه يبطل المشروط ببطلان الشرط وإنما قلنا بأنه فاسد لأجل الخلاف.

الصورة الثالثة: أن تكون الصفة مشروطة وتقع المخالفة في النوع مع جهل البائع لتلك المخالفة فإن العقد يفسد أيضاً لأنه لم يقصد بيعه نحو أن يقول بعت منك هذا العبد على أنه حبشي فإذا هو زنجي.

[و] [٦]وجه الفساد ما تقدم ويأتي فيه ما تقدم في الصورة التي قبلها من الخلاف فيسترجعه[٧] مع البقاء ومثله أو قيمته مع التلف على المختار.

قال في الشرح: وهذه الصور الثلاث محترز عنها من المنطوق [٨].

الصورة الرابعة: أن تكون الصفة مشروطة أيضاً، وتقع المخالفة في النوع مع علم البائع [بها] [٩] فإنه يصح ويخير المشتري في تمامه وفسخه، سواء أعطاه البائع أعلى

---

1 - الزيادة من (ب).
2 - في (ب)"بموافقة".
3 - الإفادة في الفقه(خ) و شرح الأزهار - (٣ / ١٣٨).
4 - شرح الأزهار - (٣ / ١٣٨).
5 -الانتصار على علماء الأمصار ج٦ (خ) و شرح الأزهار - (٣ / ١٣٨) .
6 - الزيادة من (ب).
7 - في (ب)"فيسترجع".
8 - الجامع في الشرح(خ) .
9 - الزيادة من (ب).

أم أدنى[١] على قول اللمع والشرح وابن أبي الفوارس وهو الذي بنى عليه في الأزهار[٢].

الصورة الخامسة: أن تقع المخالفة في الصفة فقط لا في المقصود و لا في الجنس ولا في النوع فإن العقد يصح مطلقاً سواء كانت الصفة مشروطة أم غير مشروطة.

مثال ذلك: أن يقول بعت منك هذه الغنم على أنها كباش فإذا هي نعاج ومقصوده اللحم فإن العقد يصح ويخير المشتري في النعاج حيث هي أدنى وقبضها مع الجهل فإن قبضها عالماً فلا خيار له، وإنما صح العقد هنا لأن المبيع قد حصل على الصفة المشروطة المقصودة، والتفاوت في اختلاف الصفة مع ذلك يسير فيثبت لأجله الخيار في الأدنى مع الجهل لا مع العلم فلا خيار له ولا حيث سلم[٣] الأعلى مطلقا لكن إذا [كان] [٤]البائع جاهلاً يكون الذي سلمه أعلى .

قيل [مد]: فلا يبعد أن يكون له الخيار مع البقاء، وأما مع التلف ففي رجوعه بما بين القيمتين نظر.

قال في الغيث: والأقرب أنه يرجع والله أعلم [٥].

وإن[٦] كان المسلم في هذه الصورة مخالفاً لغرض المشتري خير مع الجهل وإن وقعت المخالفة في أعلى وهذا الطرف هو الذي قصد المؤلف [عليلم] [٧] الاحتراز منه .

وقال في البحر: فَلَوْ فُرِضَ أَنَّ مُعْظَمَ المقصود فِي الصِّفَةِ كانت كَالْمُخَالِفَةِ فِي الْمَقْصُودِ دِينًا فَقَطْ، إذْ الظَّاهِرُ خِلَافُهُ [٨].

قال في الشرح: وهذه الصورة والتي قبلها محترز بهما من مفهوم قوله وخير في الأدنى إلى آخره [٩].

---

1 - في (ب)"الأدنى".
2 - شرح الأزهار - (٣ / ١٣٨) .
3 - في (ب)"يسلم".
4 - الزيادة من (أ).
5 - الغيث المدرار ج٣(خ) .
6 - في (ب)"فإذا".
7 - الزيادة من (ب).
8 - البحر الزخار - (٨ / ٤١١).
9 - الجامع في الشرح(خ) .

قوله عليلم: " **فإن لم يُشِرْ وأعطى**[١] **خلافه ففي**[٢] **العين أو الجنس سلم المبيع والأول قرض فاسد غالباً** " أي فإن لم يقع إشارة إلى المبيع حال البيع وسلم البائع للمشتري خلاف ما سماه فحيث تقع المخالفة في العين أو الجنس يجب على البائع تسليم ما وقع عليه العقد لأن العقد [قد] [٣] صح إذا كان المبيع المسمى موجوداً في ملك البائع حال البيع وإن لم يكن موجوداً حينئذ فسد البيع إذ هو بيع معدوم، وأما الأول أي الذي سلمه البائع أولاً للمشتري فيكون حكمه مع المشتري حكم القرض الفاسد، وهو أن المشتري يملكه بالقبض وهو معرض للفسخ، فإن كان قد تلفه رد مثله أو قيمته إن كان قيمياً.

وحذف المؤلف قوله في الأزهار " مُبَاحٌ مَعَ الْعِلْمِ "[٤]اختيارا منه لما ذكره الفقيه مد من أنه لا يكون مباحاً مع العلم لأنه إنما سلمه على طريق المعاوضة [٥].

ومثال المخالفة في العين وذكرها من الزوائد: أن يبيع منه شيئاً معيناً ثم يعطيه غيره وقد ذكرها في البحر [٦].

ومثال المخالفة في الجنس أن يبيع منه عشرة أمداد براً ثم يسلمها له شعيراً أو نحو ذلك.

وقوله: "غالباً "احتراز مما إذا كان البائع جاهلاً لما سلمه والمشتري عالماً بجهل البائع لذلك وأنه إنما سلمه غلطاً منه فإن المسلم لا يكون مع المشتري في حكم القرض الفاسد بل كالغصب لأنه لم يتح له التصرف فيه وإنما سلمه له على وجه الغلط وهذا الاحتراز من الزوائد وقد حكى معناه في الغيث عن الفقيه مد وقرره [٧].

قوله عليلم: " **وفي النوع مقتضى اللفظ غالباً إلا بتراض** " أي وأما إذا لم يكن المبيع مشاراً إليه حال العقد وسلم البائع للمشتري نوعاً مخالفاً لما سماه نحو أن يقول بعت منك عشرة أصواع تمراً صيحانياً[٨] وأعطاه برنياً[٩] أو العكس أو زبيباً أحمر فأعطاه أسود أو نحو ذلك.

---

1 - في (ب)"فأعطى".
2 - في (ب)"ففي".
3 - الزيادة من (أ).
4 - الأزهار - (١ / ١٠٣).
5 -شرح الأزهار - (٣ / ١٣٩) .
6 - البحر الزخار - (٨ / ٤١١) .
7 - الغيث المدرار ج٣(خ) .
8 - سمي تمراً صيحانياً ويقال نخلة صيحانية نسبة إلى كبش اسمه صيحان شد بنخلة فنسبت إليه ينظر(أساس البلاغة - (٢ / ٣١) بتصرف.
9 - البرني نوع جيد من التمر مدور أحمر مشرب بصفرة ويقال نخل برني ونخلة برنية (المعجم الوسيط (١ / ٥٢).

فقال المؤلف عليلم: يعمل في ذلك بحسب مقتضى اللفظ الواقع منهما حال العقد ومقتضاه أن يرد المشتري ما قبض ويسلم له البائع ما عقد عليه حيث كان المسلم والمعقود عليه باقيين، ولا فرق في ذلك بين أن يكونا عالمين، أو جاهلين، أو مختلفين، وسواء كان المسلم أعلى أو[1] أدنى إذ لا يلزم المشتري قبول غير حقه [2].

وقوله: "غالباً "احتراز من أن يكون المسلم قد تلف مع المشتري فإنه لا يعمل في ذلك بحسب مقتضى اللفظ بل يفصل فيقال إن سلم[3/] البائع أعلى من المبيع عالماً بذلك فلا شيء له لأنه متبرع وإن سلمه جاهلاً استحق الفضل، وإن سلم أدنى فإن قبضه المشتري عالماً فلا شيء له لأنه قد رضي به، وإن كان جاهلاً استحق الفضل وهو [أن يسلم] [4] ما بين القيمتين في الصورتين .

وقوله: "إلا بتراض " معناه إلا أن يتراضيا[5] البيعان كلاهما بأن يكون النوع المسلم مكان النوع الذي وقع عليه العقد فإن لم يصح مع البقاء ومع التلف ولا يحتاجان إلى تحديد عقد.

قال في العيث" هذا على ما يقتضيه النظر انتهى [6].

وإن[7] لم يتراضيا كلاهما بذلك عمل بحسب مقتضى اللفظ غالباً كما مر .

قوله عليلم: " **وحيث يخير[8/] المشتري في الأدنى وقد بذر جاهلاً فله الخيارات** ".

قال في الغيث: بمعنى أن المشتري إذا أشترى طعاماً أو رزاً مشاراً إليه أو غير مشار إليه مشروطاً أو غير مشروط على التفصيل الذي قدمنا، فإنه حيث ذكرنا أنه يخير في الأدنى إذا ثبت له الخيار وقد بذر بذلك الطعام أو البزر، فإن له خيارات ثلاثة إن شاء رجع بالأرش وهو ما بين القيمتين وإن شاء سلم النبات وسلم الأرض حتى يبلغ الحصاد، ورجع على البائع بالثمن وذكر الأرض وما غرم على ذلك الزرع وإن شاء رضي بما دفع إليه.

قال ابن أبي الفوارس: ولا خيار للبائع في أخذ النابت إلا برضا ذكر هذه الخيارات حيث خير المشتري في النوع الأدنى وقد بذر به جاهلاً.

---

1 - في (ب)"أم".
2 - شرح الأزهار - (٣ / ١٤٠).
3 - نهاية ورقة ٢٤٣ من (ب).
4 - الزيادة من (ب).
5 - في (ب)"يتراضى".
6 -الغيث المدرار ج٣(خ) .
7 - في (ب)"فإن.
8 - نهاية ورقة ٢٣٤ من (أ).

قلنا: وكذلك حيث يخير في فقد الصفة.

وقد ذكره الفقيه س في تذكرته فإن قلت إن هذا لم يوجد له نظير لأن من استهلك على غيره شيئاً من ذوات الأمثال سلم مثله أو قيمته إن عدم المثل.

قلت: قد ذكروا عن ذلك جوابين:

أحدهما: أن الهادي عليلم بنى ذلك على الصلح والتراضي لا على طريق الحكم ذكر ذلك ابن أبي الفوارس.

وقيل[١]: بل على طريق الحكم لأنه بذر بإذنه فهو غارٌ له انتهى بلفظه [٢].

وقد فهم من قوله "جاهلاً" أنه إن بذر عالماً فلا أرش له وقد صرح بذلك في البحر [٣]، وإنما عدل المؤلف [عليلم] [٤]عن عبارة الأزهار في هذا الفصل لاختصار مع زيادات لا تخفى.

فـــــرعٌ : فَلَوْ شَرَطَ كُفْرَ الْعَبْدِ فَانْكَشَفَ مُسْلِمًا، فلا خيار عند العترة وح والمزني [٥].

وقال ش: بَلْ يُخَيَّرُ إذْ يَرْغَبُ فِي الْكَافِرِ الكافرُ والْمُسْلِم بِخِلَافِ الْمُسْلِمِ [٦].

قُلْنَا : الْمُعْتَبَرُ النَّقْصُ وَلَا نَقْصَ فِي الْإِسْلَامِ .

وإن شَرَطَ الثُّيُوبَةَ فَانْكَشَفَتْ بِكْرًا فَلَا خِيَارَ، بِخِلَافِ الْعَكْسِ. [ذكره بمعناه] [٧] في البحر[٨].

---

1 - في (ب)"فقيل.

2 -الغيث المدرار ج٣(خ) .

3 -البحر الزخار - (٨ / ٤١٥).

4 - الزيادة من (أ).

5 - البحر الرائق - (٦ / ٨٩).

6 - أسنى المطالب في شرح روض الطالب - (٢ / ٥٦).

7 - في (ب)"ذكر معناه".

8 - البحر الزخار (٨ / ٤١٢) .

بـــاب

"تلف المبيع واستحقاقه "

هذا الباب يذكر فيه [مولانا عليلم] [١] بيان تلف المبيع قبل قبضه وبيان أحكامه إذا استحق وإنما أفرد للتلف والاستحقاق باباً ولم يلحقهما بباب ما يدخل في المبيع كما في الأزهار لبيان[٢] أحكام البابين وإنما أخره لأن ما يتضمنه عام لكل مبيع .

قوله عليلم: " **بتَلَفَ قبل القبض النَّافِذِ مِنْ مَالِ الْبَائِعِ غالباً** "أي [إذا] [٣] تلف[٤] المبيع قبل أن يقبضه المشتري قبضاً نافذاً فإنه يتلف من مال البائع ولو تلف بآفة سماوية فينفسخ العقد ويرد البائع الثمن إن كان قد قبضه عند العترة والفريقين لقوله صلى الله عليه وآله " إن بِعْتَ من أَخِيكَ ثَمَرًا فَأَصَابَتْهُ جَائِحَةٌ[٥] فلا يَحِلُّ لك أَنْ تَأْخُذَ منه شيئا بِمَ تَأْخُذُ مَالَ أَخِيكَ بِغَيْرِ حَقٍّ" أخرجه مسلم والنسائي، وفي رواية أبي داود نحوه [٦].

وفي رواية أخرى للنسائي" قال من باع تمراً فأصابته[٧] جائحة[٨] فلا يأخذ من أخيه شيئاً علام يأكل أحدكم مال أخيه المسلم" روى الحديث جابر [٩].

وقال مالك: بل يتلف من مال المشتري، ويضمن له البائع القيمة إذ قد ملكه المشتري بالعقد.

قال: إلا المبيع كيلاً أو وزناً إذ الكيل والوزن عنده من تمام العقد.

قلنا: مبيع تلف قبل القبض النافذ فبطل العقد كما في المكيل والموزون سلمنا الفرق لزم كون القيمة منيعة، سلمنا عدم لزوم ذلك فالخبر اقتضى ما ذكرناه، وأما إذا تلف بعد القبض النافذ فمن مال المشتري كما يفيده المفهوم [١].

---

1 - الزيادة من(أ) .
2 - في(أ) "لتباين" .
3 - الزيادة من(أ) .
4 - في(ب)"بتلف".
5 - في(ب)"حاجة" والصحيح ما أثبته.
6 - أخرجه مسلم في صحيحه -كتَاب الْمُسَاقَاة -بَاب وَضْعِ الْجَوَائِحِ -رقم١٥٥٤ (ج٣/ص١١٩٠). و النسائي في السنن الكبرى - كتاب البيوع - وضع الجوائح -رقم٦١١٨ (ج٤/ص١٩). وأبو داود في سننه - كتاب البيوع -بَاب في وَضْعِ الْجَائِحَةِ - رقم٣٤٦٩(ج٣/ص٢٧٦).
7 - في السنن "فأصابه" .
8 - في(ب)"حاجة".
9 - أخرجه النسائي في السنن الكبرى- كتاب البيوع –وضع الجوائح -رقم ٦١١٩ (ج٤/ص١٩) والحديث صحيح كما قال الألباني(ينظر صحيح وضعيف سنن النسائي - (١٠ / ١٠٠).

واحترز بالنافذ [من غير النافذ] [٢] فإن المبيع إذا تلف بعده تلف من مال [البائع] [٣] لأن التسليم غير النافذ كلا تسليم، وله صور:

الأولى: أن يكون الثمن على ذمة المشتري، وسلم البائع المبيع بشرط تعجيل الثمن فلم يف المشتري بذلك، فوضعاه مع عدل فإن التسليم هذا غير نافذ فيتلف من مال البائع.

الصورة الثانية: أن يسلم المبيع من دون شرط وانكشف في الثمن معيب فيطالبه البائع برد المبيع حتى يسلم الثمن سليماً من العيب فردد إليه أو وضعه مع عدل فإنه يتلف من مال البائع.

الصورة الثالثة: أن يكون الثمن معيناً، وهو مما يتعين كالسبائك وسلم البائع المبيع ثم امتنع المشتري من تسليم الثمن فاسترجع البائع المبيع أو عدلاه فإنه يتلف من مال البائع أيضاً بخلاف ما إذا كان الثمن مما لا يتعين، وسلم البائع المبيع من دون شرط تعجيل الثمن، وامتنع المشتري من تسليم الثمن فإن القبض يكون نافذاً ولا يكون للبائع ارتجاع المبيع إذ قد اسقط حقه من جنسه فإن فعل بغير رضا المشتري كان غاصباً، فيضمن القيمة إن تلف معه وذلك واضح.

وقوله: "غالباً" احتراز من صورتين:

إحداهما: أن يتلف في الصور التي تقدمت وهو في يد المشتري قبل أن يرده إلى البائع، أو إلى العدل فإنه يتلف من مال المشتري، ووجهه أنه قد ملكه بالعقد، وتلف في يده فاستقر بذلك كما في الغيث حيث تلف في يده [٤].

الصورة الثانية: أن يتلف بجناية المشتري فإنه يتلف من ماله ولو كان في يد البائع لأن جنايته بمنزلة قبضه خلاف الإمام ح، فإن رده المشتري إلى البائع رهناً في الثمن فتلف من مال المشتري إذ قد تم قبضه وضمنه البائع ضمان رهن، وذلك ظاهر [٥].

فـــــرع: فَإِنْ تَلِفَ بَعْدَ الْمُطَالَبَةِ وَعَدَمِ اسْتِحْقَاقِ الْحَبْسِ فَوَجْهَانِ: مِنْ مَالِ[٦/] الْبَائِعِ مُطْلَقًا لِمَا مَرَّ ، وَقِيلَ مِنْ مَالِ الْمُشْتَرِي حَيْثُ [الممتنع] [٧] الْبَائِعُ، إذْ هُوَ غَاصِبٌ، فيضمن القيمة لا

---

1 - البهجة في شرح التحفة - (٢ / ١٢٦)والبحر الزخار- (٨ / ٣٧٧) .
2 - الزيادة من(أ) .
3 - سقط من(ب) .
4 - الغيث المدرار ج٣(خ) .
5 - البحر الزخار - (٨ / ٣٧٩).
6 - نهاية ورقة ٢٤٤ من (ب).
7 - الزيادة من(أ) .

الثمن، وَحَيْثُ الْمُمْتَنِعُ من القبض الْمُشْتَرِي فَلَا ضَمَانَ عَلَى الْبَائِعِ ، إذْ هُوَ أَمِينٌ حِينَئِذٍ وَحَيْثُ الْمَانِعُ غَيْرُهُمَا فَمِنْ مَالِ الْبَائِعِ لِمَا مَرَّ .

والصحيح الأول إذ لم يفصل الدليل [١].

فــــــرع: وإذ تلف المبيع قبل التسليم لم يكن للمشتري مطالبة البائع بالنتاج والنماء[٢] الحادث بعد البيع متصلاً كان أو منفصلاً بل يكون ذلك للبائع ذكره في الغيث [٣].

وحذف المؤلف [عليلم] [٤] قوله في الأزهار: "قِيلَ وَإِنْ اسْتَعْمَلَهُ فَلَا خَرَاجَ"[٥] لأن المختار للمذهب ما ذكره (ط) من أنه يلزمه الكراء للمشتري إذ البائع مستهلك لمنافع ملكه بغير إباحته فلزمته قيمة المنافع [٦].

وما احتج به مخالف [من] [٧] قوله صلى الله عليه وآله "الخراج بالضمان"[٨] فليس على عمومه، وإلا للزم ذلك في المرتهن والغاصب، ولا خلاف بينهم أن المبيع إذ تلف قبل التسليم بعد أن استعمله البائع أنه لا يلزمه الكراء، لأنه انكشف بالتلف انفساخ البيع من أصله فهو في نفس الأمر مستعمل لملكه.

وحذف أيضاً قوله " فَإِنْ تَعَيَّبَ ثَبَتَ الْخِيَارُ"[٩] لفهم ذلك مما تقدم في[خيار] [١٠]العيب، وحذف أيضاً قوله "وَبَعْدَهُ مِنْ مَالِ الْمُشْتَرِي"[١١] لاستفادته من مفهوم قوله في أول الباب بتلف قبل القبض النافذ من مال البائع كما مر.

[و] [١٢] قوله عليلم:" **وَإِن اُسْتُحِقَّ ردّ لِمُسْتَحِقِّه** " يعني وإن انكشف أن المبيع ملك لغير البائع وجب على المشتري أن يرده لمالكه سواء أمكنه الرجوع بالثمن على البائع، أم لم يمكنه ذلك لكنه يختلف الحكم[١٣] في رجوعه على البائع بحسب اختلاف الحال في رد المبيع، وقد بين ذلك المؤلف عليلم بقوله " **فنحو الإذن يَرْجِعُ بِالثَّمَنِ** " أراد بنحو الإذن حكم

---

1 - البحر الزخار - (٨ / ٣٧٨) .
2 - في(ب)"الثمار".
3 - الغيث المدرار ج٣(خ) .
4 - الزيادة من(أ) .
5 - الأزهار - (١ / ١٠٢).
6 - شرح الأزهار - (٣ / ١٣٤) .
7 - الزيادة من(أ) .
8 - سبق تخريجه صـــ ٦٠٥ .
9 - الأزهار - (١ / ١٠٢).
10 - الزيادة من(أ) .
11 - الأزهار - (١ / ١٠٢).
12 - الزيادة من(أ) .
13 - نهاية ورقة ٢٤٤ من (ب).

الحاكم بالمبيع لمستحقة بعلمه، أو بالبينة فإن رده المشتري لمستحقه بإذن البائع، أو بحكم الحاكم المستند إلى بينة المستحق، أو إلى علمه بأن المبيع له دون البائع ثبت للمشتري الرجوع على البائع بالثمن، وأفاد مفهوم العبارة أن المشتري إذا رد المبيع لمدعية بغير إذن البائع، ولا يحكم الحاكم بالعلم أو البينة بل بإقرار المشتري، أو نكوله [أو رده اليمين] [١]فلا رجوع له على البائع بالثمن والوجه ظاهر.

قال في الغيث: ذكر معنى ذلك م بالله ولا أحفظ خلافاً في هذه الجملة، لكن اختلفوا في عين المشتري، هل تكون على العلم أو على القطع ؟

فعن المنتخب وأبي جعفر والفقيه ي على القطع وعن ابن معرف[٢] [و] [٣] الفقيه ح على العلم [٤].

قال في الغيث: تنبيه قال في تعليق الإفادة:" من اشترى أرضاً بمائة درهم فأعطى دنانير صرفها عنها ثم استحقت الأرض رجع المشتري على البائع بما دفع من الدنانير دون الدراهم لأن الصرف[٥] لم يكن صحيحاً [٦].

قلت: وهذا صحيح بخلاف ما لو باع أرضاً بيعاً فاسداً بدراهم في الذمة ثم اشترى بتلك الدراهم بقرة، ونقض البيع الأول فإنه يسلم مثل الدراهم التي باع بها الأرض ولا ينفسخ بيع البقرة نص على هذا في الزيادات وخرج له منه أن ما في الذمة لا يتعين.

قوله عليلم:" **وحكم بعض يَنْفَرِدَ بِالْعَقْدِ فيهما مَا مَرَّ** " أي وحكم تلف بعض المبيع أو استحقاقه إذا كان ذلك البعض ينفرد بالعقد كثوب من ثوبين أو ثياب، أو نحو ذلك حكم جميعه في التلف والاستحقاق، وهو أن ذلك البعض يتلف من مال البائع على التفصيل المتقدم، ويرد ذلك البعض لمستحقه[٧] على التفصيل المتقدم ويصح البيع في الباقي.

وأما إذا كان ذلك البعض مما لا ينفرد بالعقد نحو أن تذهب عين الدابة [أو العبد] [٨] أو أحد أعضائهما[٩] فذلك عيب قبل التسليم وقد تقدم حكمه.

---

1 - الزيادة من(أ) .
2 - في(ب) "معروف".
3 - الزيادة من(أ) .
4 - الغيث المدرارج٣(خ) .
5 - في(ب)"الضرب".
6 - الغيث المدرارج٣(خ) .
7 - في(ب)"المستحق".
8 - الزيادة من(ب) .
9 - في(أ)"أعضائها".

قوله عليلم:" **فَإِنْ تَعَيَّبَ به الْبَاقِي ثَبَتَ الْخِيَارُ**" أي فإن تعيب باقي المبيع بتلف بعضه أواستحقاقه [نحو أن] [١] يكون المبيع فردي نعل أو رحى أو باب أو ثورين للحرث، أو نحو ذلك فتلف أو استحق أحدهما قبل القبض النافذ فنقصت قيمة الباقي منهما لأجل انفراده عن الآخر، فإن الخيار يثبت للمشتري بذلك كما لو حدث في المبيع عيب قبل القبض، فإن تلف ذلك البعض بجناية المشتري فليس بعيب، ولا يرجع على البائع بشي كما تقدم، وأما إذا تلف ذلك البعض بجناية البائع، فالمذهب وهو قول ح أنه ينفسخ [من] [٢] المبيع بقدره [٣].

وقال ك: يضمنه بقيمته كما تقدم،[٤] وقال ش: إن شاء فسخ وإن شاء رضي [٥].

وأما إذا كان ذلك بجناية الغير فعن ح: يخير المشتري بين فسخ المبيع وبين إمضائه ومطالبة الجاني [٦].

قيل [هب] [٧]: وهو الأقرب لمذهب الهادي عليلم، وأما إذا كان التلف بآفة سماوية فالمذهب أنه يتلف من مال البائع كما تقدم في الكل، وإذا استحق بعض المبيع شائعاً فذلك عيب أيضاَ، وقد شملته عبارة المختصر.

---

1 - في(ب)"بأن" بدل ما بين المعقوفتين.
2 - الزيادة من(أ) .
3 - المبسوط - (٦ / ٢٢٩).
4 - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - (١١ / ٤٤٨) .
5 - فتح العزيز شرح الوجيز - (٨ / ٣٠١).
6 - الفتاوى الهندية - (٣ / ١٤٨).
7 - الزيادة من(أ) . البحر الزخار - (٨ / ٣٧٩).

بَـــابُ

الْبَيْعِ غَيْرِ الصَّحِيحِ

عند أهل المذهب والحنفية أن البيع ثلاثة أنواع:

صحيح، وباطل، وفاسد [١]، ولكل واحد منها أحكام تخصه، وقد تقدم ذكر الصحيح وشروطه وعقبه[٢] بذكر الباطل، ثم الفاسد، وما يختص بكل منهما من الأحكام بقوله عليلم" **بَاطِلُهُ مَا اخْتَلَّ فِيهِ بإجماع أو عوض أو تملك أو عقد**" أي ما اختل فيه شرط مجمع عليه أن البيع يختل لاختلاله، وإن اختلفوا هل ذلك الاختلال يقتضي البطلان أو الفساد؟

[و] [٣] هكذا نقل عن المؤلف عليلم بالمعنى، وإنما يكون كذلك حيث يقع على أحد الأربعة الأوجه المذكورة فأحدها:

أن يختل أحد المتعاقدين بأن يكون صبياً، أو مجنوناً غير مميزين، أو مكرهاً على نفس البيع كما تقدم، وسواء كان هو البائع أم المشتري، فإن العقد يكون باطلاً [/٤] إجماعاً، فأما إذا كان مضطراً للجوع[٥] أو نحوه [إذا] [٦] غبن عبناً فاحشاً يكون باطلاً عنده، لأنه قد أجمع على اختلاله، وإن كان قد اختلف فيه هل هو باطل أم فاسد؟ كما تقدم.

وأما بيع الهازل فليس من هذا القبيل لأنه مختلف فيه، هل هو صحيح أو غير صحيح؟

فلم يحصل الإجماع على اختلاله كما اعتبره المؤلف، وكذا الكلام في السكران.

الوجه الثاني: أن يختل أحد البدلين المبيع أو الثمن، نحو أن يقول بعت مني بمائة درهم مثلاً، فيقول بعت ولم يذكرا مبيعاً، أو يقول بعت مني هذه الدار، فيقول بعت، ولا يذكر أن ثمناً، أو نحو ذلك .

قال في الانتصار: وحكى الجصاص[٧] عن أصحابه أنه إذا لم يذكر الثمن ملك المبيع بالقبض [٨].

---

1 - شرح الأزهار - (٣ / ١٤١) و البحر الرائق ج٦/ص٧٦.

2 - في (ب)"فعقبه"

3 - الزيادة من (ب).

4 - نهاية ورقة ١٧٦ من (ب).

5 - في (أ)"بالجوع"

6 - في (ب)" " فإنه و" بدل مابين المعقوفتين."

7 - هو أحمد بن علي الرازي، أبو بكر الجصاص: فاضل من أهل الري، سكن بغداد ومات فيها، سنة ٣٧٠هـ ، انتهت إليه رئاسة الحنفية.وخوطب في أن يلي القضاء فامتنع، له كتاب (أحكام القرآن - ط) وكتابا في (أصول الفقه - خ) الأعلام للزركلي - (١ / ١٧١)بتصرف .

8 -الانتصار على علماء الأمصار ج٦ (خ) .

قال في الغيث: وهذا يقرب من المذهب [1].

الوجه الثالث : أن يفقد صحة تملك البدلين أو أحدهما كما إذا كان الثمن أو المبيع ميتة أو دماً أو عذرة، أو ما لا نفع فيه، فإن بيعه يكون باطلاً بلا خلاف لعدم صحة تملك بحال من الأحوال، وأما إذا كان خمراً أو خنزيراً فعن ص بالله وض جعفر أن البيع يكون باطلاً وظاهر مذهب الهادوية أنه فاسد [2].

وقد قيل[س] [3]: [أن] [4] مراد ص بالله حيث يكون معيباً، ومراد الهادوية حيث يكون في الذمة، والظاهر أنه خلافية والصحيح أنه باطل، إذ لا يصح تملك المسلم للخمر والخنزير، فكأنه عدم أحد البدلين في البيع فيلزم[5] أن يكون باطلاً [كما مر] [6] وكذا يكون في بيع أم الولد، والصيد في حق المحرم، ونحوهما مما لا يصح تملكه لأحد المتبايعين حال البيع على الأصح والله اعلم [7].

الوجه الرابع: أن يختل العقد بأن لا يقع فيكون البيع باطلاً وإن حصلت المراضاة ما لم يحصل لفظ العقد كما مر، وكذا لو قال أحدهما: أعطني هذا وخذ هذا بدله، فإن ذلك لا يكون عقداً.

وقد اختلف في المعاطاة من دون اللفظ المعتبر في البيع، فالمذهب أنها لا توجب الملك يكون إباحة، وعن م بالله مذهباً وتخريجاً وص بالله والحنفية أنها توجب الملك [8].

قيل ع: لكن إن عاطى نفسه فقولان للم بالله، وإن عاطا غيره فقول واحد له، أنها تفيد الملك فهذا في الأعيان، وأما في المنافع فقولان من غير فصل[9] بين أن تعاطى نفسه أو غيره[10].

قال المؤلف عليلم: ولا يقال أن المعاطاة عند م بالله بيع صحيح، فينقض[11] ما ذكرنا من قولنا بإجماع لأن الصحيح ما ذكره الفقيه س عن م بالله أن ذلك ليس بيعاً حقيقة بل

---

1 - الغيث المدرار ج٣(خ) .
2 - شرح الأزهار - (٣ / ١٤٢) .
3 - الزيادة من (أ).
4 - الزيادة من (ب).
5 - في (ب)"فلزم".
6 - الزيادة من (ب).
7 - شرح الأزهار - (٣ / ١٤٢) .
8 - المرجع السابق و البحر الرائق - (٥ / ٢٩١).
9 - في (ب)"تفصيل".
10 - شرح الأزهار - (٣ / ١٤٢).
11 - في (ب)"فينتقض".

موجب للملك كما ذكره[1] م بالله في بعض المواضع، لأن البيع عند أهل اللغة، والشرع هو الإيجاب والقبول في مالين مع شرائط [2]، وهاهنا لم يحصل ذلك، وكان فيهما معنى البيع لأن شرائط البيع كلها حاصلة فيها ما خلا [3/] اللفظ.

وقيل ح: أنها بيع حقيقة والصحيح الأول، هكذا نقل المؤلف عليلم ، قيل ح: وكذا في شرح الحفيظ [4].

قال المؤلف عليلم: ولا يعتبر هنا العلم والجهل كما في النكاح لأنه إنما اعتبرا هناك لأن مخالفة المذهب فيه محرمة لكونه ديانة بخلاف مخالفة المذهب في البيع فليس كذلك بل يجوز الدخول في العقود الغير الصحيحة[5] على الأصح، إلا مقتضى الربا فيحرم[6] الدخول فيه لمشاركته النكاح الغير الصحيح في العلة وهي[7] التحريم هذا معنى ما نقل عنه عليلم بأكثر لفظه .

قوله عليلم " **فالْمَالُ فِي الْأَوَّلِ غَصْبٌ** " أي كل من المالين المبيع والثمن في الوجه الأول، وهو حيث اختل العاقد حكمه في يد البائع والمشتري بعد التقابض حكم الغصب فيجري عليه أحكام الغصب جميعها وستأتي .

قوله عليلم: " **وكذا فِي التَّالِيَيْنِ إلا ما يخرج للرضا** " أي وكذا [يكون] [8] حكم المالين في الوجهين الثاني والثالث التاليين للوجه الأول، وهما حيث قد ذكر الثمن أو المبيع، أو صحة تملكهما فيكون حكم المبيع في يد المشتري، والثمن في يد البائع فيهما حكم الغصب في جميع وجوهه إلا في الأربعة الأحكام التي استثناها بقوله إلا ما يخرج للرضا يعني إلا ما يخرج به المال عن كونه غصباً بمصيره[9] إلى من هو في يده برضا مالكه فيكون تصرفه

---

1 - في(ب) "ذكر".

2 - المطلع على أبواب الفقه لمحمد بن أبي الفتح البعلي الحنبلي أبي عبد الله- المكتب الإسلامي - بيروت ، ١٤٠١ – ١٩٨١ -تحقيق : محمد بشير الأدلبي(١ / ٢٢٧).

3 - نهاية ورقة ٢٣٦ من (أ).

4 -شرح الحفيظ (خ) .

5 - يقال من كان مذهبه التحريم لا يجوز له الدخول فيه وقد ذكر في البيان عن الفقيه ف فيمن شرى ما لا يجوز في مذهبه وهو في مذهب البائع جائز ما يقضي بالتحريم على تفصيل فيه، وقد قال في شرح الأزهار في بيع الوقف" فإن كان البائع والمشتري عالمين أن هذا البيع لا يجوز كان باطلاً وإن كانا جاهلين فقال السيد ح أنه باطل فاسد لأن المسألة اجتهادية فيصير كبيع المدبر وقال علي خليل أن بيعه باطل وكذا عن الفقيهين ح ل لأن الملك في الفاسد إنما يحصل بالقبض بالتراضي ولا يصح التراضي هنا لأن الحق لله انتهى.(شرح الأزهار - (٣ / ٥٠٤). وقال في بعض حواشيه على قوله لأن المسألة اجتهادية فيه نظر لأنه لا فائدة فيه للعلم والجهل في الصحة والبطلان في المعاملات وقد ذكره الفقيه ف اعتراضاً على قول أبي مضر في اعتبار ذلك. هـ تعليق في الحاشية من (ب).

6 - في(ب) "فحرام".

7 - في(ب) "وهو ".

8 - الزيادة من(أ).

9 - في(ب) "لمصيره".

فيه غير محظور، ورده غير متضيق وهذه الأربعة الأحكام أحدها أنه يطيب ربح المالين في الوجهين، بخلاف ربح المغصوب.

وثانيها: أنه إذا غصب أحد المالين غاصب من البائع أو المشتري ثم رده إليه برئ بذلك، بخلاف الغصب فإنه لا يبرأ بالرد إلى الغاصب من أخذه منه.

وقوله: "مطلقاً" يعني سواء رده إلى بائعه، أم إلى مشتريه وإنما عدل المؤلف عليلم عن قوله في الأزهار " ويَبْرَأُ مَنْ رَدَّ إِلَيْهِ"[١] لعدم التصريح فيه بالمقصود [و] [٢] لأنه توهم أنه[٣] يبرأ المردود إليه وليس كذلك وإنما يبرأ الراد .

وثالث الأحكام المذكور: أنه لا يلزم المشتري أجرة لمدة بقاء المبيع في يده إن لم يستعمله، فإن استعمله لزمته أجرته بخلاف الغصب فإن أجرته تلزم الغاصب وإن لم يستعمل.

ورابعها: أنه لا يتضيق عليه رد المبيع أو الثمن إلا إذا طالبه المالك بالرد بخلاف الغصب، والوجه في ذلك هذه الوجوه الأربعة مصير المال في يد قابضه برضا مالكه كما نبه عليه المؤلف عليلم بقوله إلا ما يخرج للرضا بخلاف[٤] الغصب في الأحكام المذكورة لذلك .

قوله عليلم " **وفِي الرَّابِعِ مُبَاحٌ بِعِوَضٍ فَيَصِحُّ فِيهِ كُلُّ تَصَرُّفٍ غَالِبًا وارْتِجَاعَ باقٍ ويضمن بنحو الْقِيمَةَ ولَيْسَ بَيْعًا غالباً** " أي في الوجه الرابع: وهو الذي لم يكن فيه عقد أصلا بل معاطاه فإنه باطل لعدم العقد الموجب للملك.

وقال م بالله: بل فاسد يملك بالقبض إذ لم يعقد النبي صلى الله عليه وآله" في بيعه الحلس والقدح" [٥].

قلنا: ذلك محقر فيكون المبيع في يد المشتري والثمن في يد البائع غير مملوك بل مباحاً بعوض فيصح فيه الأربعة الأحكام المذكورة أولها: أنه ينفذ من كل منهما كل تصرف في البدل [الذي صار] [٦] بيده.

---

1 - الأزهار - (١ / ١٠٣).
2 - الزيادة من(ب).
3 - في(ب) "أن".
4 - في(ب) "فخالف".
5 - شرح الأزهار - (٣ / ١٤٤) والحديث سبق تخريجه صـــ٤٥٧ .
6 - في(ب) "فصار"بدل مابين المعقوفتين.

وقوله: "غالباً" احتراز من وطئ الأمة المأخوذة بالمعاطاة فإنه لا يجوز لأن تصرف المشتري فيها مستند إلى إباحة [1/] البائع له والوطء مما لا يستباح بالإباحة.

وقال في البحر:" الْأَوْلَى التَّعْلِيلُ بِعَدَمِ اسْتِقْرَارِ الْمِلْكِ لِتَعْرِيضِهِ لِلْفَسْخِ، وَلَا وَطْءَ، إلَّا فِي مِلْكٍ مُسْتَقِرٍّ لِتَشْدِيدِ الشَّرْعِ فِي الْفُرُوجِ وَقِيلَ [ح] [2] بَلْ يَجُوزُ إذْ هِيَ[3] إبَاحَةٌ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ كَالْهَدِيَّةِ.

قُلْت: مِلْكُ الْهَدِيَّةِ مُسْتَقِرٌّ فَافْتَرَقَا [4].

وعند م بالله أنه يجوز له وطؤها لأنه قد ملك[5] بالقبض على أصله [6].

ويحترز أيضاً من الشفعة فإنه لا يشفع فيه لما سيأتي من أن الشفعة إنما تجب فيما ملك بعقد صحيح، وأما قوله في الغيث "وكذلك الشفعة به لا يصح عند الجميع"[7] فلعله سهو من الناسخ إذ لا تستقيم دعوى الإنفاق على ذلك بل الظاهر أن الشفعة به تصح على أصل م بالله ومن وافقه والله أعلم.

وثاني الأحكام المذكورة أن للبائع أن يرتجع المبيع من المشتري إذا كان باقياً في يده عند الهادوية خلاف م بالله [8].

وثالثها: أنه إنما يجب في المبيع التالف مثله إن كان مثلياً وقيمته إن كان قيمياً، ولا يلزم المشتري الثمن الذي وقع به العقد خلاف م بالله، وأراد المؤلف [عليلم] [9] بنحو القيمة المثل وهو مزيد من المؤلف ولا بد منه.

ورابعها: أن المعاطاة ليست بيعاً فلو حلف لا باع لم يحنث بالمعاطاه عند الجميع [10].

واحترز بقوله:"غالباً" من أن يجري العرف بأن المعاطاة بيع فإنه يحنث بها لأن الأيمان مبنية على العرف كما سيأتي، وهذا أيضاً من الزوائد .

---

1 - نهاية ورقة ٢٤٦ و٢٤٧ مكررة من (ب).
2 -الزيادة من المخطوط .
3 - في(ب) "هو".
4 -البحر الزخار - (٨ / ٤٥٥) .
5 - في(ب) "ملكها".
6 - شرح الأزهار - (٣ / ١٤٣).
7 -الغيث المدرار ج٣(خ) .
8 - شرح الأزهار - (٣ / ١٤٤) .
9 - الزيادة من (أ) .
10 -شرح الأزهار - (٣ / ١٤٣) .

قوله عليلم :" **وفَاسِدُهُ مَا فِيهِ خلل غَيْرُ ذَلِكَ** " وذلك نحو أن يكون الثمن أو المبيع مجهولاً أو يكون العقد بغير لفظ ماض أو يكون المبيع غير موجود في الملك، وقيل بل يكون باطلاً إذ لم يقل بصحته أحد، أو حيث تولى[١] طرفي العقد واحد، أو يكون اللفظان غير متطابقين، أو غير مضافين إلى النفس، أو يكونان مقيدين، أو أحدهما بأحد الشروط المفسدة، أو يكون البدلان مما لا يصح بيع أحدهما بالأخر كاللحم بالحيوان، فإن البيع يكون فاسداً في جميع الصور المذكورة لا صحيحاً ولا باطلاً، وعند الناصر وش أنه باطل كما تقدم عنهما.

قوله عليلم: "**وهو كَالصَّحِيحِ غالباً**" يعني أن البيع الفاسد عند أهل المذهب والحنفية بمنزلة البيع الصحيح إلا فيما سنذكره من الأحكام فيجوز الدخول فيه، وعند القاسم وأحد قولي م بالله لا يجوز الدخول فيه مطلقاً، وإن ملك [المبيع فيه] [٢] بالقبض، وعند الناصر والإمام ح وش : أنه مكروه [٣].

لنا: إجماع السلف على عدم التحرج فيه .

قيل: ولأن شراء بريرة كان فاسداً إذ هو بيع وشرط فقرره صلى الله عليه وآله ولا يصح التصرف فيه قبل القبض إجماعاً إذ لا ملك حينئذ [٤].

وقوله: "غالباً " احتراز مما كان فساده لأمر يقتضي الربا فإنه حرام باطل على الأصح فلا يجوز الدخول فيه ولا كتابته ولا الشهادة عليه ولا يملك فيه المبيع بالقبض أما ما كان مجمعاً على كونه ربا كبيع درهم بدرهمين نساء فلا خلاف في بطلانه وتحريمه، وأما ما كان مختلفاً في كونه ربا كبيع الشيء بأكثر من سعر يومه لأجل النساء فخرج الم بالله للهادي أنه فاسد يملك بالقبض.

والصحيح على أصل الهادي أنه حرام باطل كما صرح به في الأزهار [٥].

قال في الغيث: " تنبيـــــه " :اعلم أنه يقال ما المخصص لشروط صحة البيع حتى جعلتم بعضها إذا فات بطل البيع، وبعضها إذا فات لم يبطل بل يفسد، والجواب على ما فهم من كلام الشرح إنما صح تملكه في[٦/] حال وحصل فيه تسليط وبدل يقوم في حال فهو[٧] يوجب

---

1 - في(ب) "يتولى".
2 - في(ب) "فيه المبيع" بدل ما بين المعقوفتين.
3 - شرح الأزهار - (٣ / ١٤٥)و البحر الرائق - (٦ / ٣).
4 - البحر الزخار - (٨ / ٤٥٠) .
5 - شرح الأزهار - (٣ / ١٤٤) .
6 - نهاية ورقة ٢٣٧ من (أ).
7 - في (ب)"فهذا".

الملك لقوله تعالى:"(إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ)[1] وما كان على هذه الصفة فهو يسمي تجارة وما لم يحصل [فيه هذه الأوصاف فلا دليل على الملك به [2].

وقولنا: "يصح تملكه" ليخرج الصيد في حق المحرم وما شابهه، وقولنا: "وحصل] [3] فيه تسليط" ليخرج بيع الصبي والمكره والذي بغير لفظ أو ما يقوم مقامه.

وقوله[4]: "يبدل" ليخرج ما إذا كان الثمن دماً لأن ذلك ليس بتجارة إذ لا عوض له على كل [حال] [5].

قوله عليلم:" **إلا أَنَّهُ مُعَرَّضٌ لِلْفَسْخِ** " بمعنى[6] أن الفاسد بغير[7] الربا حكمه حكم الصحيح إلا في ستة أحكام:

أولها: أنه معرض للفسخ يعني[8] أنهما إن تشاجرا كان للحاكم الذي يرى فساده أن يفسخه، وكذا إن تراضيا بفسخه انفسخ، وهل يحتاجان مع التراضي إلى لفظ الفسخ أو[9] ما هو بمعناه أو يكفي أن يرد كل واحد للآخر ما كان له ؟

قال في الغيث:" الأقرب أنه يحتاج إلى اللفظ كأتبد البيع [10].

قيل: وإذا كان الفساد مجمعاً عليه وتشاجرا لم يحتج في فسخه إلى حكم إذا وقع الفسخ قبل القبض إذ لا ملك ولا خلاف، وإن[11] وقع بعد القبض احتيج إلى الحكم فقبل القبض لقطع الخلاف وبعده لقطع الملك، والخلاف، وحذف قوله في الأزهار" وإنْ تَلِفَ"[12] لفهمه من إطلاق العبارة فإن كان المبيع باقياً وجب رده بعينه، وإن كان قد تلف لم يمتنع فسخه، ووجب رد مثله إن كان مثلياً أو قيمته إن كان قيمياً، والعبرة بقيمته[13] يوم قبضه لا يوم استهلاكه، وفائدة الفسخ بعد التلف التراجع فيما بين القيمة والثمن[14]، وقد قيل أن الفسخ لا

---

1 - النساء:٢٩.
2 - الغيث المدرار ج٣(خ).
3 - سقط من (ب).
4 - في (ب)"وقولنا".
5 - سقط من (ب).
6 - في (ب)"يعني".
7 - في (ب)"لغير".
8 - في (ب)"بمعنى".
9 - في (ب)"و".
10 - الغيث المدرار ج٣(خ) .
11 - في (ب)"وإذا".
12 - الأزهار - (١ / ١٠٣).
13 - في (أ)"كررت مرتين، فحذفت الأخرى.
14 - في (ب)"والقبض".

يلحق التالف والصحيح الأول، وكذا حيث كان المبيع قد خرج عن ملك المشتري ثم وقع الفسخ فإنه لا يلزمه استفداؤه لقولنا بأن ما ترتب على الفاسد[١] فهو صحيح لكن يجب المثل أو القيمة كما مر، وكذا يأتي لو غصب على المشتري أو نحو ذلك والله أعلم .

قال في البحر: "قُلْت وَلَا يَتَعَذَّرُ الْفَسْخُ بِمَوْتِ أَيِّهِمَا كَمَا لَا يَبْطُلُ بِهِ وُجُوبُ التَّرَادِّ " [٢].

الحكم الثاني والثالث: ما تضمنهما.

قوله عليلم: " **وَلَا يُمْلَكُ إلَّا بِقَبْض بِإِذْن بما مر** " يعني أن المبيع في العقد الفاسد باق على ملكه البائع لا يملكه المشتري إلا بعد أن يقبضه بإذن البائع فلو قبضه بغير إذنه لم يملكه، ولا تكفي التخلية في ذلك كما سيأتي بل يعتبر القبض الحقيقي فمتى قبضه كذلك[٣] ملكه، وهذا فيما فسد لغير الربا، فأما[٤] ما فسد للربا فإنه لا يملك بذلك كما تقدم .

وهذا هو الحكم الثالث، والعبرة بالقيمة يوم قبضه كما مر، وإن[٥] كان الواجب القيمة أو المثل[دون الثمن لأنه لم يملك بالعقد فإن كان[٦/] الثمن أكثر من القيمة أو أقل وجب التردد.

وقال المرتضى وم بالله: إذا كان الثمن مسمى معلوماً] [٧]ملك به [٨].

قوله عليلم: " **ولا وطئ فيه** " هذا هو الحكم الرابع ومعناه أن المبيع فاسدٌ[٩] إذا كانت أمة وملكها المشتري [بالقبض] [١٠]بالإذن أنه[١١] لا يحل وطؤها على الصحيح كما تقدم، ويصح فيها كل تصرف غير الوطء .

قيل: ذكر ذلك أبو مضر وهو قول ح [١٢].

قوله عليلم: " **ولَا شُفْعَة** " هذا هو الحكم الخامس وهو أن الشفعة لا تثبت فيه لأنها إنما تؤخذ بالثمن والفاسد يؤخذ بالقيمة وهي مجهولة.

وقال ص بالله والإمام ح:

---

1 - في (ب)"الفساد".
2 - البحر الزخار - (٨ / ٤٥٨) .
3 - في (ب)"لذلك".
4 - في (ب)"وأما".
5 - في (ب)"وإنما".
6 - نهاية ورقة ٢٤٨ من (ب).
7 - سقط من (أ).
8 - البيان لابن مظفر (ج٢/٦٣٩) .
9 - في (أ)"فاسداً"والصحيح ما أثبته.
10 - الزيادة من (أ).
11 - في (ب)"فإنه".
12 - شرح الأزهار - (٣ / ١٤٦) والجوهرة النيرة - (٢ / ٢٦٩) .

بَلْ تَصِحُّ كَلَوْ كَانَ الثَّمَنُ عَرَضًا [١].

قال في البحر: قُلْت: الْأَوْلَى تَعْلِيلُ الْمَنْعِ بِمِلْكِ الْبَائِعِ اسْتِرْجَاعُهُ بِالْحُكْمِ فَلَمْ يَسْتَقِرَّ انْتِقَالُهُ كَلَوْ شَرَطَ لِنَفْسِهِ الْخِيَارَ [٢].

قال في الغيث: واختلف في وجوب رد الزائد على القيمة، فقيل لا يجب إلا بعد أن يتفاسخا ذكره الفقيه مد أولا، واختاره في الانتصار أعني أنه لا يجب إلا بعد التفاسخ لأن كلاً منهما قد رضي بما صار إليه وأذن باستهلاك[٣] ما دفع ولأنه لم يعلم أن أحداً من المسلمين أوصى بإصلاح بياعاته الفاسدة والمرادة فيها، و[قيل] [٤] ي: ورجع إليه والده وهو ظاهر قول أبي مضر أنه لا فرق بين قبل الفسخ وبعده لأنه مضمون بالقيمة [٥].

قلنا: والزائد كالمباح فإن غاب مستحقها بقيت حتى اليأس ثم للوارث ثم للفقراء.

قوله عليلم: " **ولَا تخْلِيَة** " هذا هو الحكم السادس من الأحكام التي يختلف فيها الفاسد والصحيح، وهو أنه لا يصح في البيع الفاسد قبض المبيع بالتخلية ولو بإذن البائع كما تقدم، بل لا بد في قبضه من تقابل ما ينقل والتصرف فيما لا ينقل وإلا لم يكن قبضاً.

ووجه ذلك أن البيع الفاسد ضعيف فاعتبر فيه القبض القوي.

قيل ح: وإذا نقل البعض كفى كما لو تصرف في بعض الأرض، وقيل ع: يمكن الفرق بينهما لأن الأرض مخفف فيها لما لم يمكن نقلها [٦].

فـــــرعٌ: وَإِذَا فُسِخَ الْفَاسِدُ فَلِلْمُشْتَرِي حَبْسُ الْمَبِيعِ حَتَّى يَعُودَ لَهُ الثَّمَنُ إذْ هُوَ أَحَقُّ بِهِ إذَا أَفْلَسَ، ذكره الإمام ح للمذهب وهو قول ح .

وقال الناصر وش: ليس له ذلك بِنَاءً عَلَى أصلهما أَنَّ الْفَاسِدَ بَاطِلٌ ذكر ذلك في البحر [٧].

---

1 - البحر الزخار (٨ / ٤٥٦) .
2 - المرجع السابق.
3 - في (ب)"باستهلاكه".
4 - في (ب)"قال الفقيه"بل ما بين المعقوفتين.
5 - شرح الأزهار - (٣ / ١٤٦) .
6 - شرح الأزهار - (٣ / ١٤٦) .
7 - البحر الزخار (٨ / ٤٦٩) و البحر الرائق - (٦ / ١٠٦) .

"فَصْـــــلٌ"

وَالْفَوَائِدُ فِيهِ للمشتري غالباً "يعني أن العقد الفاسد إذا فسخ وقد كانت حصلت فيه قبل الفسخ فوائد أو ربح فإنها تكون للمشتري، أما الفرعية فمطلقاً لقوله صلى الله عليه وآله " الخراج بالضمان "[١] وقد تقدم[٢] والمبيع هنا بعد قبضه في ضمان المشتري إذ يتلف من ماله فاستحق منافعه بدلاً عن ضمانة، وأما الأصلية فحيث وقع الفسخ بالتراضي إذ هو كعقد جديد كما مر، وكذا حيث يتلف المبيع قبلها إذ الواجب حينئذ قيمته فقط.

وقوله "غالباً" احتراز من الفوائد الأصلية حيث لم يتلف المبيع قبلها ووقع الفسخ بلا حكم فإنها تكون للبائع إذ هي نماء ملكه الذي استقوله بالفسخ، وحكمها حينئذ في يد المشتري حكم الأمانة فلا يضمنها إلا بحياته أو تفريط.

وقال ح[٣]: أن الربح والأجرة في العقد الفاسد يجب التصدق بهما، وعند الفقيهين [ي ل][٤] أن الفوائد لا تطيب للمشتري بتلف المبيع قبلها لنا ما تقدم [٥].

قوله عليلم: " **ويَمْنَعُ رَدَّ عَيْنِهِ الِاسْتِهْلَاكُ الْحُكْمِيُّ**[٦] **وهو قوله الإمام غالباً** "

وَقْفٌ وَعِتْقٌ وَبَيْعٌ نحو مَوْهِبَةٌ   غَرْسٌ بِنَاءٌ وَطَحْنٌ ذَبْحُكَ الْحَمَلَا[٧]

طَبْخٌ ولَتٌّ وَصَبْغٌ و درز[٨] نحو قَبَا[٩]   نَسْجٌ [وَغَزْلٌ وَقَطْعٌ][١٠] كَيْفَمَا فُعِلَا[١١]

أما الاستهلاك الحسي فقد عرف مما تقدم عند ذكر فسخ المبيع فاسداً بعد تلفه وهو أن الواجب بعد الفسخ مثل القيمي و[قد] [١٢] تقدم ذكر حكم فوائده، وأما الاستهلاك الحكمي فهو

---

1 -سبق تخريجه صـــــ٦٠٥ .

2 - في (ب)"وقد مر".

3 - في (ب)"أبو جعفر".

4 - الزيادة من (أ).

5 - الأشباه والنظائر لابن نجيم - (١ / ١٥٢) وشرح الأزهار - (٣ / ١٤٧) .

6 - مزيداً من التوضيح فالاستهلاك الحكمي كما قال صاحب ابن مظفر في البيان "هو الطحن أو الخبز أو الغزل أو النسيج ونحو ذلك والزيادة التي لا تنفصل كصبغ الثوب أو قطعة قميص أو خياطته أو غرس الفسيل –وهو صغار النخل – أو حشو الجبة مع الدرز وهو الخياط أو لت السويق بما له قيمة أو البناء في الأرض أو غرس فيها الكل .. " البيان لابن مظفر (ج٢/٦٤٠)بتصرف.

7 - الحمل: الذكر من أولاد الضأن. المحيط في اللغة (٤ /٣٢٩).

8 - عبارة شرح الأزهار "حشو" (٣ / ١٤٨).

9 - الدرز: موضع الخياطة ونعيم الدنيا ولذاتها والجمع دروز .المعجم الوسيط (١ / ٢٧٩).

10 - في (ب)"العكس".

11 - أي شيء فعل من هذه فانه لا يجب رد عينه.حاشية شرح الأزهار - (٣ / ١٤٨).

12 - الزيادة من (أ).

فهو كالحسي في امتناع الرد عند الهادي وم بالله، وجملة الاستهلاكات [الحكمية خمس عشرة كما نظمها الإمام المهدي عليلم في البيتين، وإنما كانت هذه الأمور استهلاكات في[1/] في البيع الفاسد لكون(٢) المشتري قبضه برضا البائع فهو مسلط له عليه .

وأما الغصب فلا يكون استهلاكاً فيه إذ لم يرض المالك بمصيره إلى الغاصب ولا سلطه عليه، ولأن الغاصب لم يثبت له ملك في المغصوب لا قوي ولا ضعيف فلم يخرج عن ملك صاحبه إلا بتلفه أو بإزالة اسمه، ومعظم منافعه بخلاف الفاسد فإن المشتري قد ملكه بالقبض فصحت تصرفاته فيه وكانت استهلاكاً غالباً هكذا في الغيث (٣).

فمن اشترى شيئاً بعقد فاسد ثم وقفه أو باعه أو وهبه أو رقيقاً فاعتقه أو غصناً فغرسه أو أرضاً فغرسها وعرق الغرس في الصورتين كلتيهما أو عرضه فبناها.

قال في البحر: "وَهَكَذَا الْأَحْجَارُ "(٤) يعني إذا بناها وكذا حيث اشترى حباً فطحنه أو حيواناً فذبحه أو لحماً فطبخه.

قال المؤلف عليلم: أو بعد أن خشي إذ العبرة بالدرز.

قال: و(٥) يكون الدرز استهلاكاً للحشو(٦) والمحشو أو غزلاً فنسجه أو قطناً فغزله أو ثوباً فقطعه .

قال في اللمع:" وخاطه"(٧)، وظاهر الأثمار، وأصله خلافه فإذا فسخ العقد الفاسد بعد أحد هذه الاستهلاكات المذكورة لم يجب رد عين المبيع بل يتعين قيمته يوم قبضه على الصحيح إذ هو وقت الضمان .

وقيل: يوم استهلاكه إذ هو وقت التقويم، وقيل: أقل القيم من القبض إلى التلف، أو الاستهلاك الحكمي إذ صار إلى المشتري برضا البائع، وأما المثلي الذي يقل التفاوت فيه فيجب رد مثله كما تقدم .

---

1 - نهاية ورقة ٢٣٨ من(أ).
2 - في (ب)"فكون".
3 -الغيث المدرار ج٣(خ) .
4 - البحر الزخار - (٨ / ٤٦٢) .
5 - في (ب)"أو ".
6 - الحشو: قميص ضيق الأكمام أو نحوها. حاشية شرح الأزهار - (٣ / ١٤٨).
7 - اللمع في فقه أهل البيت (خ) .

وإنما قال المؤلف عليلم:"غالباً" احتراز من لفظه "نحو في قوله "نحو موهبة" فإنها ليست من لفظ الإمام [عليلم] [١] بل جعلها المؤلف [عليه السلام] [٢] بدل لفظه ثم ليدخل في ذلك النذر وشبهه من التمليكات ومن لفظه "درز" فإن المؤلف عليلم أبدلها من لفظه حشو لما ذكر أولا من أن العبرة بالدرز لا بمجرد الحشو .

واحترز له[٣] أيضاً من لفظة نحو في قوله "نحو قبا" فإن المؤلف[عليلم][٤] أبدلها من لفظه[٥] مثل [قصداً للتصريح بأن الدرز استهلاك] [٦] ولا خلاف في أن الأمور المذكورة تكون استهلاكاً حكمياً للمبيع في البيع [٧/] الفاسد إلا في البناء.

فعند ح أن من اشترى عرصة ثم بناها بناء أحاط بها من جميع جوانبها فقد استهلكها، وإن أحاط ببعضها فقد استهلك ذلك البعض، وهكذا ذكر أبو مضر للمذهب في الهبة فكذا[٨] يأتي مثله هنا، وقال أبو يوسف ومحمد: [لا يكون البناء] [٩] استهلاكاً [١٠].

قوله عليلم:" **ويثبت حكم كل إنشاء تَرَتَّبَ عَلَيْهِ** "أي يثبت في العقد الفاسد كل ما ترتب عليه من العقود وسائر الإنشاءات فلو اشترى جارية بعقد فاسد وقبضها ثم باعها أو وهبها أو زوجها أو أجرها أو رهنها صح جميع ذلك وترتب[١١] عليه أحكام الصحيح إلا أن البيع والهبة ونحوهما يكونان استهلاكاً بخلاف الرهن والإجارة والتزويج ونحوها فلا يكون استهلاكاً فإذا فسخ البيع الفاسد بعد تزويجها انفسخ البيع ولم ينفسخ النكاح بل يستمر لاستناده إلى عقد صحيح من حيث أن المشتري مأذون في التصرف فصح عقده وإن كان المشتري لا يجوز له الوطء كما تقدم لأن الإذن بالتصرف لا يجيزه .

وأما التأجير المترتب على البيع الفاسد فللبائع فسخه إذا انفسخ البيع، والفرق بين التأجير والإنكاح أن الإجارة تنفسخ بالأعذار[١٢] بخلاف النكاح هذا هو المذهب كما صرح به في

---

1 - الزيادة من (أ).
2 - الزيادة من (ب).
3 - في (ب)"به ".
4 - الزيادة من (أ).
5 - في (أ)"لفظ".
6 - في (ب)"بياض بدون كتابة ".
7 - نهاية ورقة ٢٥٠ من (ب).
8 - في (ب)"فهكذا ".
9 - في (ب)"البناء لا يكون "بدل ما بين المعقوفتين.
10 - العناية شرح الهداية - (٩ / ٣٨٤)بنحوه .
11 - في (ب)"وترتبت ".
12 - في (ب)"للأعذار ".

الأزهار وهو قول ح أن النكاح يبقى، والإجارة تفسخ، فإن رضي البائع ببقاء الإجارة كانت الأجرة له من يوم فسخ البيع[١] .

وقيل ح: " بل المذهب أن الإجارة تبقى كالنكاح لأنه مأذون فيها وهو المفهوم من عبارة الأثمار [٢].

قال في البحر:" وَأَمَّا الرَّهْنُ وَالْعَارِيَّةُ فَيُنْقَضَانِ لِبُطْلَانِ مَا تَرَتَّبَا عَلَيْهِ"[٣] وإنما عدل المؤلف عليلم عن قوله في الأزهار" وَيَصِحُّ كُلُّ عَقْدٍ تَرَتَّبَ عَلَيْهِ "[٤] إلى آخره إلى قوله " ويثبت حكم كل إنشاء تَرَتَّبَ عَلَيْهِ " لأن المراد ثبوت الحكم، وليتناول الإنشاء العقود وغيرها إذ لا وجه لتخصيص العقود بذلك الحكم ولأن عبارة الأزهار توهم أنه يصح كل عقد ترتب على الفاسد مطلقاً وليس كذلك، بل يثبت للمترتب حكمه فإن كان جامعاً لشروط الصحة صح وإن [كان] [٥] اختل فيه شيء منها كان [فاسداً أو باطلاً] [٦] بحسب ما تقدم ذكره .

قوله عليلم :" **وتصحيحه بِلَا فَسْخٍ** "يعني أن المتبايعين إذا أرادا تصحيح العقد[٧] الفاسد كفى في ذلك أن يعقدا عقداً جديداً على ، ووجه الصحة وإن لم يفسخا العقد المتقدم الفاسد، لأن العقد الثاني يكون فسخاً للأول وعقداً ذكره الفقيه س في تذكرته [٨].

فـــــرعٌ: فمن اشترى ثماراً قبل صلاحها أو بعده بشرط البقاء أو لم يشرط، وكان العرف بقاؤه، وقبضها بالتخلية على أشجارها لم يملكها المشتري لما مر، فإن أصابتها آفة [سماوية] [٩] أو سرقت قبل يأخذ منها شيئاً كانت من مال البائع كذا قيل، وكأنه مبين على أن أخذ بعضها كاف في قبض جميعها والله أعلم.

---

1 - شرح الأزهار - (٣ / ١٤٨) .
2 - المرجع السابق.
3 - البحر الزخار - (٨ / ٤٦٠) .
4 - الأزهار - (١ / ١٠٤).
5 - الزيادة من (ب).
6 - في (ب)"كان باطلاً أو فاسداً " بدل ما بين المعقوفتين.
7 - في (ب)" البيع".
8 -التذكرة الفاخرة (ص ٣٦٨).
9 - الزيادة من (أ).

فـــــرعٌ: ومن اشترى نصف بقرة أو نحوها، وأجله البائع بالثمن وشرط عليه في العقد أن يعلفها مدة الأجل، أو كان ذلك عرفاً لهم ظاهراً فإن البيع يكون فاسداً ربا فإذا علفها المشتري كان له أن يرجع على البائع بقيمة العلف لأنه ربا، ويغرم له ما استهلك من فوائدها وكذا لو اشترياها معاً، وأقرض أحدهما الآخر حصته من الثمن لذلك والله أعلم .

فـــــرعٌ: وإذا كان المبيع أمةً، ثم فسخ بيعها لفساده بعد تزويجها كان المهر للمشتري إن كانت ثيباً إذ هو من الخراج كسائر الفوائد الفرعية، وكذا إن كانت بكراً ووقع الفسخ بالتراضي إذ هو كعقد جديد كما مر، وأما حيث كانت بكراً، ووقع الفسخ بالحكم فإن مهرها يكون للبائع إذ هو من الفوائد الأصلية والله أعلم .

"باب المأذون "

"مَنْ أَذِنَ لمميزه، أَوْ سَكَتَ عَنْهُ فِي شِرَاءِ أَيِّ شَيْءٍ لنفسه، صَارَ مَأْذُونًا فِي شِرَاءِ كُلِّ شَيْءٍ وَبَيْعِ مَا شَرَى، وإجازته ونفسه، ولا غير ذلك، ولا غير المأذون غالباً" أي من أذن لعبده أو من له الولاية عليه من صبي، أو مجنون مميزين، وإنما قال:" للمميزة" للاختصار مع فهم المقصود، وأما غير المميز فلا حكم لفعله، ولو أذن له.

قيل: وأما من عتق بعضه فلا يحتاج إلى إذن، [يعني] [١] على القول بتبعيض العتق، أو حيث يكون بعضه وقفاً، أما كون الرقيق لا يصح تصرفه[٢] من دون إذن فلانة لا يملك، وإن ملك على المذهب لقوله تعالى **(**عَبْداً مَّمْلُوكاً لاَّ يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ **)**[٣] [٤].

وقال ك وش في القديم:" أنه يملك إذا ملك ويوافقان في أن لسيده[٥] انتزاع ما ملكه والتصرف فيه[٦].

وأما الصبي فلأنه لا ولاية له لقوله تعالى **(**فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْداً **)** "[٧] الآية فدل سياقها على أن الصبي لا ولاية له على مال نفسه والمجنون مقيس عليه ولرفع القلم عنهما كما مر.

فأما بالإذن فيصح تصرفهم جميعاً فمن أذن لمملوكه أو من له الولاية عليه في شراء أي شيء لنفسه، أو لسيده صار مأذوناً في شراء كل شيء، وكذا حيث رآه يتصرف ببيع أو شراء لنفسه أو لسيده، وسكت عنه ولم ينهه، كان ذلك إذناً له في التجارة لما روي عن علي عليلم أن رجلاً أتاه فقال: له أن عبدي هذا ابتاع شيئاً فرددته فقال هل كنت تبعثه يشتري لك لحما من السوق قال نعم قال قد أحزت عليك شراؤه" فدل على ما قلنا هكذا في الغيث [٨].

وأما كون السكوت إذناً كما هو المذهب فوجهه أنه عقد لنفسه فيما لغيره فيه حق، وسكت ذلك الغير فكان ذلك إجازة كسكوت الشفيع، وعند م بالله مذهباً وتخريجاً، وهو قول ح أن السكوت لا يكون إجازة كمن باع مال الغير، وسكت ذلك الغير [٩].

---

1 - الزيادة من (ب).
2 - نهاية ورقة ٢٣٩ من (أ).
3 - النحل:٧٥.
4 - البحر الزخار - (٤ / ٣٩١) .
5 - في (ب)"للسيد ".
6 - الحاوي الكبير ــ للماوردي - (٣ / ٧٦٩) .
7 - النساء: ٦.
8 - الغيث المدرار ج٣(خ) ولم أعثر على ما ٩٩).ن علي رضي الله عنه .
9 - المرجع السابق و البحر الرائق - (٨ / ٩٩) .

وقوله "لنفسه" احتراز مما لو أذن له بالشراء للغير، أو سكت عنه فإن ذلك لا يكون إذناً فيما عداه، ولا يكون السكوت فيه إجازة لأنه عقد لغيره، وعبارة الأزهار توهم أن مثل ذلك يكون إذناً وإجازة لإطلاقها.

وقوله " فِي شِرَاءِ كُلِّ شَيْءٍ وَبَيْعِ مَا شَرَى" يعني من غير مال سيده وأما مال سيده [1/] فلا يصح منه بيعه إلا بإذن خاص كما يفيده قوله "لَا غَيْرُ ذَلِكَ"، وكما يجوز له [بيع ما شراه يجوز له] [٢] تأجيره لأن التأجير أخف حكما من البيع، وكذا يجوز ويصح حينئذ تأجير العبد نفسه، وكذلك الصبي المميز ونحوه، وذلك يدخل تحت قوله في الأزهار"أَوْ عُومِلَ بِبَيْعِهِ "[٣]، وإن لم يكن صريحاً ووجه ذلك أن السيد إذا أذن لعبده أو صبيه ونحوه، باستهلاك منافع نفسه بغير عوض في شراء، أي شيء من دون حجر عن غيره صار مأذوناً [أيضاً] [٤] في استهلاكها مع عوض بتأجير نفسه بطريق الأولى .

و[قال الفقيه] [٥] ح: أن الإذن في التجارة لا يكون إذناً في تأجير نفسه لأن منافع نفسه بمنزلة بعضها فكما لا يجوز له بيع نفسه إلا بإذن خاص كذلك ما هو بمنزلة بعضها،[٦] وأراد المؤلف[عليلم] [٧] بنحو " مَا شَرَى" فوائد المشتري الأصلية والفرعية فإنه يصح منه فيها كل تصرف كأصلها.

وقوله: "لَا غَيْرُ ذَلِكَ" أي لا يجوز له غير ما تقدم، ذكره فلا يجوز له أن يبيع شيئاً لم يشتره ولا استؤجر على بيعه، ولا أن يبيع العبد نفسه ولا مال سيده، وكذا ليس له أن يؤجر غير نفسه ولا غير ما شراه ولا أن يؤجر العبد مال سيده ولا الصبي ونحوه مال نفسه، وعند ش أنه لا يصح من ولي مال الصبي أن يأذن له بالتصرف مطلقاً [٨].

وقوله: "و لا غير المأذون" أي ولا يجوز من غير المأذون أي [تصرف] [٩].

وقوله: "غالباً" راجع إلى الطرفين أما [في] [١٠] الطرف الأول المشار إليه بقوله "لا غير ذلك" فاحتراز مما جرى به العرف لمثله من البيع بالنقد والنسيئة، والزيادة والنقصان في

---

1 - نهاية ورقة ٢٥٠ من (ب).
2 - سقط من (ب).
3 - الأزهار - (١ / ١٠٤).
4 - الزيادة من (ب).
5 - في (ب)"قيل ح "بدل مابين المعقوفتين.
6 - شرح الأزهار - (٣ / ١٤٩).
7 - الزيادة من (أ).
8 - البيان لابن مظفر (٦٤٣/٢) .
9 -سقط من (أ).
10 - الزيادة من (أ).

الثمن، قدر ما يتغابن الناس بمثله، وأن يوكل ويرهن [ويرتهن][1] ويودع [ويستودع] [2] ويقرض ويقترض، ويبيع من سيده ولو نفسه إذا كان عليه دين مستغرق له ولما في يده ، وكذا بعض ذلك بقدر ما عليه فإن ذلك[3] يجوز كله بحسب ما جرى به العرف لمثله في جهته، وأما في الطرف الثاني المشار إليه بقوله "ولا غير المأذون" فاحتراز أيضاً مما جرى به العرف لمثله في جهته من الرد إليه وشراء الأشياء الخفيفة ونحو ذلك، وإنما عدل المؤلف عليلم عن قوله في الأزهار "إلَّا بِخَاصٍّ كَبَيْعِ نَفْسِه وَمَالِ سَيِّدِه""[4] لدخول ذلك تحت عبارة الأثمار مع تناولها لقوله في أول الفصل الآتي " وَلِلْمَأْذُونِ كُلُّ تَصَرُّفٍ جَرَى الْعُرْفُ لِمِثْلِه بِمِثْلِه "[5] مع اختصار .

فـــــــرعٌ: في الإذن للعبد والمميز [أن يعلمها] [6] بالإذن إذ الإذن توكيل لهما فإن تصرفا من دون علم بالإذن كان تصرفهما موقوفاً على الإجازة[7] كغيرهما.

فـــــــرعٌ :وإذا اشترى العبد المأذون رحماً له لم يعتق لأنه لا يملك بخلاف الوكيل خلافاً للش[8]،[9] وإذا كان العبد مشتركاً اعتبر الإذن من جميع الشركاء، فإن أذن له بعضهم فقط كان مأذوناً في حقه فقط، وما لزمه تعلق بنصيبه، وبما في يده [على الأرجح] [10].

---

1 - الزيادة من (ب).
2 - الزيادة من (ب).
3 - في (ب)"كان ".
4 - الأزهار - (١ / ١٠٤).
5 - الأزهار - (١ / ١٠٤).
6 - سقط من(ب).
7 - في (ب)"إجازة ".
8 - في (ب)"للشافعي ".
9 - التنبيه - (١ / ١٢١).
10 - الزيادة من (أ).

"فَصْــــلٌ"

وَمَا لَزِمَ العبد فإما بِمُعَامَلَةٍ فَدَيْنٌ يَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ وَمَا فِي يَدِهِ " أي ما لزم العبد بسبب معاملته من بيع وشراء ونحوهما مما يثبت برضا أربابه، وإذن مولاه فهو دين يتعلق برقبته، وبما في يده من المال مما كسبه أو استدانة من أموال غير سيده، لا من مال سيده فلا يتعلق به ما لزمه على ما ذكره ع حملاً لإطلاق الهادي عليلم وهو الأرجح [1].

وقال م بالله: بل يتعلق بما في يده مطلقاً لظاهر إطلاق الهادي عليلم [2]، وفيه إشكال، وهو أن يقال، وما العلة في تعلق الدين بما في يده من مال سيده، هل كونه في يده بإذن مولاه فقط لزم لو استحفظه مولاه ما لا يتصرف فيه أن يتعلق به دين العبد، ولا وجه لذلك، وإن كانت العلة كونه مأذوناً بالتصرف فيه لزم أن يتعلق بما قد أذن له بالتصرف فيه، ولو لم يكن قد صار في يده وإن كانت العلة مجموع الأمرين، فإذاً لا بد أن يكون مأذوناً بالتصرف فيه فما وجه اشتراط أن يكون في يده .

نعــــم: والمراد بقوله وما في يده ما كانت اليد الحكمية له عليه ولو كان وديعة مع سيده أو غيره .

قوله عليلم: " **فَيُسَلِّمُهُمَا الْمَالِكُ أَوْ قِيمَتَهُمَا** "يعني فيجب على المالك أن يسلم العبد وما في يده لغرماء العبد، أو يسلم لهم قيمتها والخيار في ذلك إلى السيد لا إلى الغرماء .

قوله عليلم:" **ولهم طلب البيع والاستسعاء بالقدر إذا لَمْ يَفْدِهِ**" يعني أن الغرماء يجوز لهم طلب بيع العبد بالقدر الذي لهم عليه من الدين حيث يكون الدين مثل قدر قيمته، ويجوز لهم [أيضاً] [3]طلب استسعائه بالذي لهم، ولهم أيضاً طلب بيع جزء منه بقدر الذي لهم لا بيعه كله إلا أن لا يرغب مشتر في شراء بعضه بيع كله وكان الزائد على دين الغرماء للسيد[4] وإنما يكون لهم البيع والاستسعاء بأمر الحاكم حيث تمرد السيد، ولم يفده بتسليم ما قد لزمه من الدين فإن اختار السيد أن يسلم ما عليه من الدين ويبقى[/5] له العبد، وما في يده كان له ذلك، وكذا لو اختار تسليم ما في [يد] [6] العبد للغرماء، ويوفيهم من ماله [محبة لبقاء العبد له وكذلك لو استسعوا العبد بالزائد على قيمته ثم إجبار السيد أن يوفيهم من ماله] [7] فإن

1 - شرح الأزهار - (٣ / ١٥١) .
2 - المرجع السابق.
3 - الزيادة من (أ).
4 - في (ب)"لسيده ".
5 - نهاية ورقة ٢٤٠ من (أ).
6 - الزيادة من (ب).
7 - سقط من (ب).

الخيار إليه في جميع إذ القصد إيفاؤهم بالذي لهم ولو زاد الذي لهم على قدر قيمته وما في يده على قول الناصر وع وح ، وهو الذي بنى عليه الإمام المهدي عليلم في الأزهار والبحر والغيث [١].

قيل ح حميد: ونظر على هذا القول في الرياض والزهور والصعيتري، وقال في بيان السحامي:" أنه إن كان ذلك قبل البيع[٢] كان لهم الاستسعاء بالزائد على قيمته وما في يده، وإلا فلا" [٣].

قال في بيان ابن مظفر: وهو الأولى [٤]، وهو ظاهر كلام التذكرة، [٥] وصحح المؤلف عليلم ما ذكره أبو طالب وض زيد، وهو ظاهر اللمع أن الدين إذا كان زائداً على قدر قيمته لم يتعلق برقبته إلا قدر قيمته فقط ويكون الزائد في ذمته مطلقاً، ولا وجه للفرق بين بعض الصور، وبعض هذا حاصل ما نقل عنه عليلم وقد بسط الكلام على ذلك في شرح الأثمار، وذهب ش إلى أن دين المعاملة لا تتعلق بذمة العبد فقط إذ ثبت برضا أربابه كما لو لم يكن مأذوناً والله أعلم [٦].

قوله عليلم: " **فَإِنْ هَلَكَ لَمْ يَضْمَنْهُ**[/٧] **وَلَوْ بَعْدَ تَمَرُّدِهِ** " أي فإن هلك العبد قبل إيفاء ما عليه من الدين لم يضمنه السيد، ولو كان هلاكه بعد أن طولب السيد ببيعه، أو استسعائه فتمرد عن ذلك فإن كان في يده مال تعلق الدين به لا غير وإنما لم يضمنه السيد لأن الدين يبطل بموته لتعلق رقبته كما في العبد الجاني إذا مات فإنه يبطل حق المجني عليه بموته .

قوله عليلم: " **وَإِنْ اسْتَهْلَكَهُ لَزِمَتْهُ الْقِيمَةُ** "يعني وإن استهلك السيد عبده المأذون ببيع أو وقف، أو عتق، أو نحوها، لزمته قيمته للغرماء إن كان دينهم مثل قيمته، أو أكثر، وإن كان أقل لزمه قدره وكذا لو قبله .

قوله عليلم: " **وَلَهُمْ نقض ما ينقض إن تعدد الوفاء بها والسعاية في غيره كذلك** " يعني وللغرماء أن ينقضوا من الاستهلاكات ما يصح نقضه كالبيع والهبة والكتابة، قبل إيفاء ما لها، والتدبير قبل موت السيد لتعلق دينهم برقبته، فتكون تلك التصرفات موقوفة على إذن

---

1 -الأزهار - (١ / ١٠٤)وشرح الأزهار (٣ / ١٥١)و البحر الزخار (٨ / ٥٩)والغيث المدرار ج٣(خ) .

2 - في (ب)"المبيع ".

3 - بيان السحامي (خ) .

4 - بيان ابن مظفر(٦٤٧/٢) .

5 - التذكرة الفاخرة(ص٣٦٩).

6 - أسنى المطالب في شرح روض الطالب - (٢ / ٢٣٧) .

7 - نهاية ورقة ٢٥١ من (ب).

الغرماء أو استيفائهم، وإنما يكون لهم النقض إذا تعذر الوفاء بأن يفوته سيده معسراً أو نحو ذلك.

وقوله "والسعاية" معطوف على نقض لا على الوفاء، أي ولهم السعاية في غير ما ينقض من الاستهلاكات كالوقف والعتق.

وقوله: "كذلك" [يعني] [١] كما تقدم من أنه يسعى بالقيمة إن كان الدين مساوياً لها أو زائداً عليها، وإن كان دونها فبقدره وهذا على ما اختاره المؤلف عليلم، وصححه للمذهب، وإنما عدل عن قوله في الأزهار "فَبِغَيْرِ الْبَيْعِ لَزِمَتْهُ الْقِيمَةُ وَبِهِ الْأَوْفَى مِنْهَا وَمِنْ الثَّمَنِ"[٢] إلى قوله في الأثمار "وَإِنْ اسْتَهْلَكَهُ[٣] لَزِمَتْهُ الْقِيمَةُ" لزمته القيمة إلى آخره لأن عبارة الأزهار توهم أنه إذا أستهلكه[٤] بالبيع تعين عليه الأكثر من القيمة والثمن، ولو كان الأكثر، هو الثمن وليس[٥] كذلك، وإنما يكون لهم قدر القيمة فقط على ما صححه المؤلف كما مر.

وفي الغيث ما لفظه "تنبيـــــهٌ: اعلم أن بيع العبد الذي لزمه الدين أمره إلى سيده لا إلى الغرماء، فيأمره الحاكم بالبيع فإن امتنع باعه الحاكم، ويصح أن يبيعه من سيده، وكذلك للعبد أن يبيع نفسه من سيده حيث عليه دين.

قال أبو مضر: فإذا شراه[٦] صاحب الدين بطل باقي الدين إذ لا يثبت للسيد على عبده دين.

واختلفوا إذا كان على المأذون دين، هل للسيد أن يبيعه ويبيع ما في يده وإن لم يؤاذن الغرماء؟

فحكى في الزوائد عن القاسمية أن له [أن] [٧] يبيعه، وما في يده وإن لم يؤاذن الغرماء، ظاهره سواء باعه للقضاء أم لنفسه، وقال في التفريعات: لا يبيعه إلا بإذن الغرماء [وأطلق] [٨] ،وقد لفق بين القولين بأن الذي في الزوائد محمول على أنه أراد بيعه للقضاء [والذي في التفريعات أنه أراد بيعه لا للقضاء] [٩]، وقد قال النجراني: أن بيعه يكون موقوفاً .

---

1 - الزيادة من (ب).
2 - الأزهار - (١ / ١٠٤).
3 - في (ب)"استهلك ".
4 - في (ب)"استهلك ".
5 - في (ب)"فليس ".
6 - في (ب)"اشتراه ".
7 - سقط من (أ).
8 - الزيادة من (ب).
9 - الزيادة من (ب).

قيل س: وهو يطابق الأصول.

قلت: ولعله يعني حيث باعه لا للقضاء، وذلك هو الذي في الأزهار لأنه قال، ولهم النقض أن قوله معسراً، وهذا يدل على أنه موقوف كبيع الوارث تركة موروثه المستغرق فإنه يكون موقوفاً ينفذ بالإيفاء أو الإبراء كما مرّ، والأقرب عندي أنه ينظر فإن كان الدين زائداً على رقبته، وما في يده لم يكن له بيعه إلا بمؤاذنتهم سواء أراد [البيع] (١) للقضاء أم لنفسه، فإن فعل كان موقوفاً كما ذكر النجراني، وإن كان الدين مساوياً فالخيار إليه في تسليم العبد أو فداه فيكون له أن يبيعه إذا كان موسراً من غير مؤاذنتهم سواء باعه لنفسه أم للقضاء، وإن كان معسراً كان كتصرف الوارث في تركة المستغرق أعني يكون موقوفاً.

والحجة على ذلك أنه حيث ذكرنا أنه يكون موقوفاً تصرف لنفسه فيما لغيره فيه حق فيوقف على إجازته، أو(٢)إيفائه ذلك الحق كالوارث إذا قلنا ليس بخليفة في تركة المستغرق.

وأما حيث قلنا لا يكون موقوفاً، فلأنه تصرف في ملكه، ولم يكون حق الغرماء متعيناً فيه فينفذ كبيع المديون مال نفسه لنفسه قبل الحجر انتهى (٣).

قوله عليلم: " **وأما بِغَصْبٍ أَوْ تَدْلِيسٌ فجِنَايَة تتَعْلَقُ بِرَقَبَتِه فَقَطْ** "أي وما لزم العبد المأذون بسبب غصب غصبه على من هو له أو أخذه برضاهم لكنه وقع منه تدليس عليهم بأنه حر أو مأذون في ذلك وليس بمأذون فيه فإنه يكون ما لزمه بهذين الأمرين دين جناية إذ العبد جانٍ بذلك، ولدين الجناية أحكام تفارق أحكام دين المعاملة، وهي أربعة قد انتضمتها عبارة المختصر كأصله .

أحدها: ما تقدم ذكره بقوله يتعلق برقبته فقط، وذلك بخلاف دين المعاملة فإنه يتعلق برقبته وما في يده كما تقدم.

الحكم الثاني: أن المالك يخير في دين الجناية بين إمساك العبد وتسليم الأرش، أو تسليم العبد بجنايته لأنه تعلق برقبته، وقد بين المؤلف عليلم ذلك بقوله " **فَيُسَلِّمهَا أَوْ كُلَّ الْأَرْشِ** " أي تسلم رقبة العبد إن اختار ذلك، أو يسلم كل الأرش بالغاً ما بلغ إن أحب بقاء العبد له، وسواء كانت[جنايته على نفس أم(٤) على مال على الأصح من قول الهادي عليلم، وله قول ضعيف أنه في] (٥) الجناية على المال لا يلزمه إلا قدر القيمة أعني قيمة العبد .

---

1 - الزيادة من (أ).

2 - في (ب)"و ".

3 - الغيث المدرار ج٣(خ) .

4 - في (ب)"أو ".

5 - الزيادة من (أ).

وحذف المؤلف قوله في الأزهار "والخيار له"[١] لأن ذلك قد فهم من قوله فيسلمها أو كل الأرش.

الحكم الثالث: ما عناه بقوله [عليلم] [٢] " **ويَتَعَيَّنُ إنْ اسْتَهْلَكَهَا عَالِمًا**" أي ويتعين الأرش على المالك، ويبقى العبد على ملكه إن استهلك رقبته بعتق، أو وقف أو بيع أو هبة، وإنما يكون ذلك اختياراً لتسليم[٣] الأرش حيث استهلك العبد،وهو عالم أن عليه دين جناية فيكون ذلك الاستهلاك كاللفظ باختيار[/٤] تسليم الأرش، فأما إذا كان جاهلاً بأن عليه دين جناية، فإن ذلك لا يكون اختياراً منه لتسليم الأرش لكن يلزم[٥] قيمته فقط لاستهلاكه إياه كدين المعاملة وهذا بخلاف دين المعاملة، فإن العبد لا ينتقل معه إلى ملك سيده أي لا يبقى على ملكه[/٦]، إلا بإخراج الدين.

قال في الشرح: وهذا الفرق هو المطابق لكلام الأزهار وكلام التذكرة في هذا الموضع، ورواه في شرح ض زيد عن ح وجعله في بعض التعاليق للمذهب، وقد قيل أن ذلك خلاف المذهب، وأن المذهب أنهما سواء في ذلك، وأنه ينتقل فيهما بمجرد الاختيار، وهو الذي جعله ض زيد في شرحه للمذهب إذ لا وجه للفرق في ذلك، وقد بنى عليه الفقيه س أول الكلام في التذكرة، حيث قال فإن باع أو وقف إلى آخره،[٧] وكذلك الأزهار [والأثمار] [٨] وقد ذكر ذلك في النجري [٩].

قال فيه: ويكون كلام الأزهار هنا مطابقاً [لظاهر] [١٠] التذكرة[١١] وإن كان ضعيفاً، وقد ذكر الفقيه ف في الزهور والرياض مثل ذلك ومثله في تعليق الصعيتري [١٢].

قال ما معناه: والظاهر خلاف ما جعله الفقيه س للمذهب انتهى بلفظه وحذف قوله في الأزهار "إن اختارها"[١٣] [لظهوره] [١٤]أي إن قال اخترت رقبة عبدي.

---

1 - الأزهار - (١ / ١٠٤).
2 - في (ب)"استهلك ".
3 - في (ب)"للتسليم ".
4 - نهاية ورقة ٢٤١ من (أ).
5 - في (ب)"يلزمه ".
6 - نهاية ورقة ٢٥٢ من (ب).
7 -التذكرة الفاخرة (ص٣٦٩).
8 - الزيادة من (ب).
9 -الجامع في الشرح(خ) وشرح النجري (خ) .
10 - الزيادة من (ب)" ".
11 - في (أ)" للتذكرة".
12 - الزهور المشرقة على اللمع (خ) والرياض الظاهرة على التذكرة الفاخرة (خ)وتعليق الصعيتري (خ) .
13- الأزهار - (١ / ١٠٤).
14 - الزيادة من (أ).

فـــــــرع: وحيث تلزمه[1] القيمة فالعبرة بقيمته يوم الاختيار[2] وفي كفاية الجاجرمي أنها [تقوم] [3] يوم لزوم الدين وذكره الفقيه ف ذكر معناه في الغيث [4].

قال عليلم:" **وَيَلْزَمُ الصَّغِيرَ عَكْسُ الْمُعَامَلَةِ** "هذا هو الرابع من الفروق، وهو أن دين الجناية يلزم العبد الصغير، ويتعلق برقبته بخلاف دين المعاملة فإنه لا يلزمه لأن من عامل الصغير فقد وضع ماله في مضيعة فلا يلزم الصغير، وقوله " عَكْسُ الْمُعَامَلَةِ " [معناه] [5] أن دين الجناية عكس دين المعاملة، أي خلافه في جميع الأربعة الأحكام المذكورة .

تنبيـــــهُ: اعلم أن دين المعاملة ضابطه ما أخذه برضا أهله وإذن مولاه، ودين الجناية ما أخذه غصباً، أو بتدليس بالإذن، أو الحرية فهذان الدينان يطالب بهما في الحال فإن أخذه برضا أربابه من غير إذن لم يكن دين معاملة ولا دين جناية بل دين يطالب به إذا أعتق على ما سيأتي ذكره في الغيث [6].

قوله عليلم:" **فإن[7] باعه لهم بإذنهم أو الحاكم فثمنه له منها إلى قدره فإن زاد ففي ذمته** " معناه أن السيد إذا باع [العبد] [8] لدين الجناية بإذن الغرماء أو بإذن الحاكم كان ثمنه قضاء لدين الجناية إلى قدر الدين فقط، فإن زاد دين الجناية على الثمن كان الزائد في ذمة العبد يطالبه به إذا أعتق وهذا ما لم يتبعه بدون قيمته، وأما إذا باعه بدون قيمته، ولم يرض الغرماء بذلك، وكان الدين فوقها أو قدرها فعليه النقصان إلى قدر القيمة.

قيل: ذكره ط [9].

قوله عليلم :" **وكذا المعاملة** "أي وكذا حكم دين المعاملة كحكم دين الجناية فيما ذكر .

قوله عليلم " **وبغير إذن لزم السيد الْأَرْشِ كله في دين الجناية** "أي وإن باعه السيد بغير إذن الغرماء ولا إذن الحاكم لزم السيد كل الأرش في دين الجناية وأما في دين المعاملة فلا يلزمه إلا قدر قيمته[10] كما مر .

---

1 - في (أ)"تلزم ".
2 - صوابه يوم الاستهلاك وقد صوب شرح الأزهار بهذا. تعليق في الحاشية من (ب).
3 - سقط من (أ).
4 - الغيث المدرار ج٣(خ) .
5 - الزيادة من (أ).
6 - الغيث المدرار ج٣(خ) .
7 - في (ب)"وإن ".
8 - سقط من (أ).
9 -البيان لابن مظفر (٦٥١/٢)و شرح الأزهار - (٣ / ١٥٢) .
10 - في (ب)"القيمة ".

قوله عليلم: " **فإن كان معه دين معاملة شارك بالحصة من الثمن إلى القيمة** " يعني فإن اجتمع على العبد مع دين الجناية دين معاملة اشتركا في قدر القيمة من الثمن لكل دين منهما بقدر حصته، والزائد على قدر القيمة من الثمن يختص به دين الجناية، وهذا تحقيق بليغ من المؤلف عليلم يتضمن تفصيل ما أجمله في الأزهار بقوله "ويستويان في ثمنه مع زيادات لا بد منه ولا غنى عنها كما لا يخفى، وحذف قوله في الأزهار " وغُرَمَاؤُهُ أَوْلَى بِهِ مِنْ غُرَمَاءِ مَوْلَاهُ "[١] لفهمه مما تقدم، والمعنى أن العبد المأذون إذا كان عليه دين، وعلى سيده دين كان غرماء العبد أولى به، وبما في يده من غرماء سيده إذ هو بمنزلة المرهون معهم .

قوله عليلم: " **وَمَنْ عَامَلَ مَحْجُورًا لَمْ يَضْمَنَ الصغير وَإِنْ أَتْلَفَ ولا [الكبير]**[٢] **في الحال إلا التَغْرِير** "أي من عامل عبداً محجوراً بمبايعة أو مضاربة أو إيداع أو نحوهن[٣] لم يكن له أن يضمن الصغير مطلقاً لا في الحال، ولا بعد بلوغه، وعتقه ولو أتلف المال الذي سلمه مالكه إليه لأنه سلم[٤] إلى مضيعه، وكذلك ليس له أن يضمن الكبير في الحال، ولا يطالبه بما لزمه من تلك المعاملة، وإنما يطالبه بذلك إذا عتق، وسواء أتلفه بغير رضا أربابه كما في المضاربة، أو برضاهم كما في القرض .

وقوله: "إلا التغرير" معناه إلا أن يقع من الكبير تغرير لمن يعامله بأنه مأذون أو حرٌ فإنه يضمنه في الحال كما مر لأن ذلك جناية منه وأما[٥] إذا كان رب المال عالماً بحجره أو جاهلاً لذلك لا لتغرير وقع من العبد، بل لعدم بحثه عن الحجر، أو لظنه أن معاملة المحجور كمعاملة المأذون فحكمه في هذين الوجهين حكم العالم .

قال في الغيث: ذكره [السيد] [٦] أبو طالب وأصحابنا في مسألة الخاتن في كتاب الإجارات، وسواء تلف المال أم أتلفه يعني[حيث] صار إلى العبد برضا أربابه كما هو المفروض والله أعلم [٧].

وإنما أخر المؤلف عليلم قوله "إلا لتغرير" ليرجع إلى الكبير إذ لا حكم لتغرير الصغير .

فـــــرعٌ: وما لزم الصبي الحر المأذون فيما يتصرف فيه لنفسه فهو عليه لا على وليه بخلاف الوكيل لأن الصبي يتصرف عن نفسه لا عن وليه.

---

1 - الأزهار - (١ / ١٠٤).
2 - الزيادة من (أ).
3 - في (ب)"أو نحوهن ".
4 - في (ب)"سلمه ".
5 - في (ب)"فأما ".
6 - الزيادة من (ب).
7 - الغيث المدرار ج٣(خ) .

"فَصْـــــــلٌ"

أوَ يَرْتَفِعُ الْإِذْنُ بِالحَجْرِ العام غالباً "اعلم أن الإذن يرتفع بأحد ستة أمور، ولكن المؤلف عليلم داخلها فجعلها ثلاثة إيثاراً للاختصار.

فأولها: الحجر العام لجميع التصرفات، فلو حجره عن شيء مخصوص لم يرتفع الإذن إلا في ذلك الشيء، والأقرب أن الصبي [الحر المميز] (١) كالعبد في ذلك، وإذا حجر الحاكم على سيد العبد، فالأقرب أن العبد يصير محجوراً بذلك.

وقوله "غالباً" احتراز مما إذا عامل العبد المأذون من لم يعلم حجر سيده عليه، فإن حكم الإذن يكون باقياً في حقه فيجوز له معاملة العبد وما لزمه له تعلق برقبته، وما في يده.

قيل: ذكر معنى ذلك ض زيد، ولهذا قال السادة: لا بد من أن يشهر السيد [الحجر] (٢) بفعله أو فعل مأموره (٣)، وكذا في حجر الولي لصبية المأذون يشترط أن يشهره، فإن كان الحجر سراً لم يرتفع به الإذن فيهما و[اعلم] (٤) إنما عدل المؤلف [عليلم] (٥) عن قوله في الأزهار " وَالْجَاهِلُ يَسْتَصْحِبُ الْحَالَ "(٦) إلى قوله "غالباً" للاختصار ولئلا يتوهم رجوع ذلك إلى جميع ما يرتفع به الإذن وليس كذلك إذ هو راجع إلى حجر السيد فقط، وكذا في الولي كما مر [٧/] .

قوله عليلم:" **وبنحو زوال الملك** "هذا هو الأمر الثاني مما يرتفع به الإذن، وهو خروج العبد عن ملك سيده بأي وجه من بيع أو هبة أو عتق أو وقف أو موت أو غيرها، لارتفاع ولايته عنه حينئذ ولا يرتفع بالاستيلاد والتدبير لبقاء حكم الملك فإن باعه بخيار له أو له وللمشتري لم يرتفع الإذن بذلك والوجه واضح .

قوله عليلم: " **وَنَحْو إبَاقه حَتَّى يَعُودَ** "هذا ثالث الأمور[٨/] المذكورة وأراد بنحو الاباق أن يضل، أو يغصبه غاصب فإن الإذن يرتفع بذلك إلى أن يعود العبد إلى يد سيده فيعود مأذوناً.

---

1 - في (ب)"المميز الحر "بدل مابين المعقوفتين.
2 - الزيادة من (ب).
3 -الغيث المدرار ج٣(٢) .
4 - الزيادة من (أ).
5 - الزيادة من (أ).
6 - الأزهار - (١ / ١٠٥).
7 - نهاية ورقة ٢٥٣ من (ب).
8 - نهاية ورقة ٢٤٢ من (أ).

قيل[ح حميد][1]: ذكره في الوافي، والمذاكره، أما ارتفاع الإذن بالاباق ونحوه فهو المذهب وبه قال أصحاب ح[2] .

وقال ش: لا يرتفع الإذن بالاباق، وأما عود الإذن فعوده قد ذكره في الوافي والمذاكره [كما تقدم] [3]،وقيل ح : الصحيح أن الإذن لا يعود بعوده لأن كل ولاية مستفادة إذا زالت لم تعد إلا بتجديد . [4]

وقيل ع: المراد بارتفاع الإذن بالاباق سقوط الضمان عن السيد لا نفس الإذن فهو باق، وهذا كقوله في الإجارة أن الدار المؤجرة إذا انهدمت بطلت الإجارة أي الضمان فإن عمرت عادت الإجارة أي الضمان.

قال في الغيث: قلت وفيه نظر لأنه يقتضي ثبت[5] عليه دين فيما صار إليه برضا مولاه ورضا أربابه ولا يتعلق برقبته بل بذمته وقد نصوا على أن ما صار إليه برضا مولاه ورضا أربابه كان دين معاملة يتعلق برقبته وما في يده [6].

وحذف المؤلف عليلم قوله في الأزهار " **وعِتْقُهُ وبِمَوْتِ سَيِّدِه** " [7] لدخول معنى ذلك في قوله" وبزوال الملك" وحذف أيضاً قوله " وغَصْبُهُ"[8] لدخوله في نحو الاباق .

قوله عليلم:" **وَإِذَا وكَّلَ الْمَأْذُونُ مَنْ يَشْتَرِيهِ عَتَقَ فِي الصَّحِيحِ بِالْعَقْدِ وَفِي الْفَاسِدِ بِالْقَبْضِ ويلزمه الثمن أو القيمة والْوَلَاءُ لِلسَّيِّدِ**" يعني أن العبد المأذون له في التجارة إذا وكل من يشتريه من سيده صح توكيله بذلك فيعتق في عقد البيع الصحيح بمجرد العقد وإن لم يقبضه الوكيل لأن المبيع في العقد الصحيح يملك بنفس العقد فيملك العبد نفسه كما لو اشترى نفسه من سيده وذلك واضح ويلزم الوكيل الثمن الذي وقع به العقد إذ الحقوق تعلق[9] به، وأما في البيع الفاسد فإنما يعتق العبد بقبض الوكيل له لا بقبض العبد نفسه إذ الحقوق تعلق[10] بالوكيل كما مر، ولا يعتق بمجرد العقد الفاسد إذ لا يحصل به الملك، وإنما يملك المبيع فيه بالقبض بالإذن كما تقدم فمتى قبضه الوكيل بعد العقد بإذن البائع عتق بذلك وقبضه بأن

---

1 - الزيادة من (أ).
2 -الوافي على مذهب الهادي (خ) والمذاكره (خ) .
3 - الزيادة من (ب).
4 - المرجع السابق والبحر الرائق - (٨ / ١١١). و المجموع - (١٤ / ٣٩٨).و شرح الأزهار - (٣ / ١٥٦) .
5 - في (ب)"يثبت".
6 - الغيث المدرار ج٣(خ) .
7 - الأزهار - (١ / ١٠٥).
8 - المرجع السابق.
9 - في (ب)"تتعلق".
10 - في (ب)"تتعلق".

يأمره بأي تصرف فإن أمره الوكيل بقبض نفسه عتق بأن يتصرف أي تصرف من بيع أو شراء، أو غير ذلك ويلزم الوكيل القيمة في البيع الفاسد إذ هي الواجب كما تقدم، فقوله "ويلزمه الثمن أو القيمة" من قبيل اللف والنشر إذ معناه [و] [١] يلزمه الثمن في الصحيح أو القيمة في الفاسد، وحذف المؤلف عليلم ذكر الوكيل[٢] المحجور إذ توكيله كلا توكيل فلا فائدة في ذكره إذا الحكم في ذلك كما لو لم يوكل، وحذف أيضاً قوله في الأزهار " ويَغْرَمُ مَا دَفَعَ"[٣] أي يغرم العبد ما دفع الوكيل من مال سيده، لأن حكم ذلك حكم ما أخذه العبد من مال غير سيده، فإن شراه الوكيل بعينه، وهو مما يتعين فالشراء فاسد، وإن[٤] اشتره بثمن على الذمة أو بثمن معين غير الذي أعطاه العبد، أو بالذي أعطاه وهو نقد لا يتعين عند الهادوية فالشراء صحيح، ويرد[٥] على السيد ما أعطاه العبد إذ هو عين ماله ويبقى الثمن، أو القيمة في ذمته فيلزمه تسليم ذلك للسيد، ويرجع على العبد بما دفع لسيده من الثمن أو القيمة على أحد احتمالي ط وذكره ض زيد، وعلى الاحتمال الثاني لا يرجع بذلك [٦].

قال الكنى والفقيه ح: أن الاحتمالين المذكورين في المأذون فأما غير المأذون فلا يرجع عليه لأنه عبده، ولا يثبت للسيد [على عبده دين] [٧] وقال الإمام ح والفقيه ف: أن الاحتمالين في غير المأذون إذا دفع عنه بعد عتقه لا قبله فلا يرجع عليه، وأما المأذون فيرجع عليه لأنه وكيل له، وإذا ملك العبد نفسه بشراء الوكيل له مع القبض في العقد الفاسد فعتق العبد كان الولاء لسيده[٨] كما لو كاتبه [٩].

تنبيـــــهٌ: أما المحجور إذ وكل من يشتريه فالوكالة باطلة لا حكم لها كما تقدم فإذا اشتراه الوكيل ملكه كما لو اشتراه من دون وكالة ولا يعتق إلا بإعتاقه إن شاء، وهذا حيث لم يضف الشراء إلى موكله فإن أضافه لم يصح الشراء والوجه واضح، والكلام فيما دفعه إلى الوكيل من مال سيده وفي الثمن أو القيمة كما تقدم والله أعلم .

وحيث لا يعتق [العبد] [١٠] إلا بإعتاق المشتري يكون ولاه للبائع.

---

1 - الزيادة من (ب).

2 - في (ب)"توكيل".

3 - الأزهار - (١ / ١٠٥).

4 - في (ب)"فإن".

5 - في (ب)"فيرد".

6 - بيان ابن مظفر (٦٥٣/٢) .

7 - في (ب)"دين على عبده" بدل مابين المعقوفتين.

8 - في (ب)"للسيد".

9 - بيان ابن مظفر (٦٥٣/٢) .

10 - الزيادة من (أ).

فـــــرعٌ: وكل دين لزم العبد فإنه لا يبرأ منه حتى يسلمه عنه سيده أو غيره، فإن عتق العبد قبل قضاء السيد لدينه كان صاحب الدين مخيراً بين طلب السيد، أو العبد لأن السيد كالضامن عنه ذكره ابن مظفر في بيانه [والله أعلم] [١][٢].

1 - الزيادة من (أ) .

2 - بيان ابن مظفر (٦٥٢/٢) .

"بَابُ الْمُرَابَحَةِ"

هي مشروعة جائزة صحيحة عند العترة، والفريقين، ومالك، لعموم قوله[تعالى] [١] " (وَأَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ) "[٢] وقوله تعالى (إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ) "[٣]وعن إسحاق لا يصح أدنى الثمن جهالة، وعن ابن عباس وابن عمر يكره، إذ فيها تحمل أمانة في الثمن والربح.

قُلْنَا[٤]: لَا جَهَالَةَ وَتَحَمُّلُ الْأَمَانَةِ جَائِزٌ [٥].

قوله عليلم" **هِيَ نَقْلَ الْمَبِيعِ أو بعضه بِالثَّمَنِ الْأَوَّلِ غالباً أو الحصة وَزِيَادَةٍ بِلَفْظِهَا أَوْ لَفْظِ الْبَيْعِ** " هذا حد المرابحة[٦] والمعنى أنها نقل المبيع عن الملك إلى الغير بالثمن الأول، وصورة ذلك أن يشتري شيئاً بعشرة دراهم مثلاً فيقول لمن يرابحه رابحتك في هذا برأس مالي وهو عشرة دراهم وزيادة درهم ربحاً ويصح أن يكون الربح من غير جنس الثمن كصاع بر أو غيره ويقول الآخر قبلت.

وقوله: "غالباً" احتراز من أن يكون قد [٧] غرم على المبيع غرامة في نفقة أو قصارة أو غيرها[٨] فإنه يجوز ضم تلك الغرامة إلى الثمن كما سيأتي .

وقوله "أو الحصة" يعني حيث وقعت المرابحة في بعض المبيع فإنها تكون بحصة ذلك البعض من الثمن و الغرامة .

وقوله: "بِلَفْظِهَا " أي بلفظ المرابحة كما تقدم.

وقوله: "أَوْ لَفْظِ الْبَيْعِ" معناه، أو تقع المرابحة بلفظ البيع نحو أن يقول: "بعت منك هذا الشيء برأس مالي، وهو كذا وزيادة ربح كذا فإن المرابحة تصح في الصورتين كلتيهما.

قال في الغيث : "وفي المرابحة على بعض المبيع أربعة أقوال:

الأول: قول ط و ش، أن ذلك يصح لأنه الذي قام عليه به فأشبه أجرة القصار.

---

1 - الزيادة من (أ).

2 - البقرة: ٢٧٥.

3 - النساء:٢٩.

4 - في (ب)"قلت" .

5 - البحر الزخار - (٨ / ٤٢٤).و المبسوط - (٦ / ٢١١).والتاج والإكليل لمختصر خليل (٧ / ٢٥٦) والحاوي الكبير ــ للماوردي - (٥ / ٦١٤).

6 -وبتعريف أوضح هي أن يذكر البائع للمشتري الثمن الذي اشترى به السلعة ويشترط عليه ربحا ما للدينار أو الدرهم. بداية المجتهد (٢ / ١٧٢).

7 - نهاية ورقة ٢٥٤ من (ب).

8 - في (ب)"غيرهما " .

الثاني: قول ح والوافي، وروى عن ع أن ذلك لا يجوز لأنه يكون بيعاً بالحصة.

الثالث: لمالك، وحكاه في الإبانة عن ابن عمر أنه يصح إن بيّن.

الرابع: في الزائد عن ط، وأبي جعفر [أن ذلك] (١) يجوز إن بيّن وكان [٢/أ] مستوياً، وهذا الخلاف حيث لا يتميز الثمن فإن تميز جاز بلا خلاف إذ لم يقصد الحيلة بأن يشتري الثياب كل ثوب بدينار ويرابح في الأدنى انتهى (٣).

وعلى المختار للمذهب، ولا فرق بين أن يكون الثمن ضميراً(٤) أم لا، ولا بين أن يكون المبيع مستوياً أم لا، ولا بين أن يكون المشتري لجميع المبيع، أو لبعضه فقط، ولا بين أن يكون البعض الآخر باقياً، أم تالفاً في أن المرابحة في البعض تصح ويقسم الثمن على قدر القيمة كما سيأتي [إن شاء الله تعالى] (٥).

قوله عليلم: **وشُرُوطُهَا ذِكْرُ كَمِّيَّةِ الرِّبْحِ ومعرفة أَحَدِهِمَا لرأس المال حَالًا تَفْصِيلًا أَوْ جُمْلَةً فُصِّلَتْ في المجلس كَبِرَقْمٍ صَحِيحٍ**" معناه أن شروط صحة المرابحة ثلاثة:

أولها: أن يذكرا(٦) كمية الربح [كما تقدم وأن تعرف أحدهما كمية رأس المال، أو كلاهما بطريق الأولى فلا يبين ذكر كمية الربح] (٧)، وكذا رأس المال أو يكون البيعان، أو أحدهما [عارفاً لكمية رأس المال حال العقد تفصيلاً، أو جملة، أما حيث يكونان كلاهما] (٨)عارفين لها فواضح، وقد صرح بذلك ض زيد(٩)، وحيث يجهلانها كلاهما لا تصح المرابحة اتفاقاً، وأما حيث يعلمها أحدهما دون الآخر، فإن كان العالم هو المشتري صحت وفاقاً أيضاً، ولو جهل البائع، وإن كان العالم هو البائع دون المشتري فظاهر المذهب على ما ذكره ض زيد وع، وحكاه علي خليل عن الأخوين أنها تصح أيضاً (١٠)، وروي عن الحفيظ والبيان والتقرير أن ذلك لا يصح وهو ظاهر التذكرة (١١)، ولا بد أن تكون معرفتهما أو معرفة أحدهما لكمية رأس المال حاصلة حال العقد .

---

1 - في (ب)"أنه " .
2 - نهاية ورقة ٢٤٣ من (أ).
3 - الغيث المدرار ج٣(٢)والمراجع السابقة .
4 - في (ب)"متميزاً ".
5 - الزيادة من (أ) .
6 - في (ب)"يذكر" .
7 - سقط من (ب) .
8 - سقط من (ب) .
9 -الغيث المدرار ج٣(خ).
10 - مجموع الشيخ علي خليل للعلي خليل مقبل الطائي (خ) .
11 -الحفيظ في الفقه (خ) والبيان الشافي لابن مظفر (٦٥٦/٢) والتقرير (خ)والتذكرة (٣٧١).

قيل ع: وإلا لم يصح، ولو عرفاه في ثاني الحال، وقال في الانتصار المختار إنهما إن جهلاه حال العقد وعلماه في المجلس صح العقد، وهو قول ح وش [1]، وحمله في الغيث على أنه قد علمه حال العقد حمله، وإنما جهل التفصيل [2]، وهو المبني في الأزهار والأثمار حيث قال: "تَفْصِيلًا أَوْ جُمْلَةً فُصِّلَتْ.." إلى آخره، ومثال التفصيل أن يقول رأس مالي، وهو مائة درهم مثلاً، ومثال الجملة على ما ذكره أن يكون ثمن السلعة موقوفاً فيها، والبائع يعلم أنه مرقوم على وجه الصحة لكن لم يمكن قرابة في الحال، فيقول البائع بعت منك هذه السلعة برأس مالي، وهو ما في هذا الرقم وزيادة كذا فإن هذا العقد يصح إذا حصلت معرفة التفصيل في المجلس كما ذكره المؤلف عليلم .

ولا تضر جهالة التفصيل حال العقد إذا حصلت معرفته في المجلس لارتفاع الجهالة حينئذ المؤدية إلى الشجار، فإن لم تحصل معرفة التفصيل في المجلس فسد عقد المرابحة، لحصول الجهالة المؤدية إلى الشجار في كمية الثمن، ومعنى كون الرقم صحيحاً أن يعلما أن المرقوم هو الثمن من دون زيادة ولا نقصان، وذلك بأن يكون الراقم له إحداهما أو من يثقان به .

قال في الغيث: وأما كونه معلوماً للبائع والمشتري، يعني كما ذكره الأخوان فليس ذلك على ظاهره [3]، وفي البحر ما لفظه"مسألة" وَشَرْطُهَا مَعْرِفَةُ الرِّبْحِ و رَأْسِ الْمَالِ فِي الْمَجْلِسِ إجْمَاعًا الإمام ح وح وش ولو جَهِلَ تَفْصِيلَهُ حَال الْعَقْد ، إذْ إيضَاحُهُ فِيه يَلْحَقُ الْعَقْدَ، كَالتَّقَابُضِ فِي الصَّرْفِ، وَقِيلَ يَفْسُدُ إنْ لَمْ يَعْلَمْ حَالَ الْعَقْدِ كَلَوْ بَاعَ مَالًا يُمْلَكُ ثُمَّ مَلَكَهُ فِي الْمَجْلِسِ .

قُلْت: وَهُوَ الْأَقْرَبُ، إلَّا أَنْ يُعْرَفَ جُمْلَةً فِي حُكْمِ التَّفْصِيلِ كَالرَّقَمِ الصَّحِيحِ الْمُمْكِنُ مَعْرِفَتُهُ انتهى [4].

قوله عليلم:" **هب**[5] **وصحة ومثليه الثَّمَن غالباً فيهما** "هذان الشرطان الثاني والثالث لصحة المرابحة، أما اشتراط صحة العقد فلأنه إذا كان فاسداً ملك المبيع بالقيمة، وهي تختلف باختلاف المقومين فلا تصح المرابحة حينئذ إذ الثمن غير معلوم، وأما اشتراط كون

---

1 - الانتصار على علماء الأمصار ج٦ (خ).
2 - الغيث المدرار ج٣(خ).
3 - الغيث المدرار ج٣(خ) .
4 - البحر الزخار (٨ / ٤٢٥) بتصرف من المصنف. و الاختيار لتعليل المختار - (٢ / ٣٠)و البحر الرائق - (٦ / ١١٦)و الحاوي الكبير ـــ للماوردي - (٥ / ٦١٤).
5 - في (ب)"لهب".

الثمن مثلياً فلأنه إذا كان قيمياً حصلت الجهالة لاختلاف المقومين فلا تصح المرابحة كما مر.

وقوله:" غالباً فيهما" أي في الشرطين كليهما، أما في اشتراط صحة العقد الأول فاحتراز من أن يكون المشتري بعقد فاسد قد دفع القيمة إلى البائع ورضي بها، أو حكم الحاكم بها فإن المرابحة يصح بها حينئذ إذ لا جهالة، وأما في الشرط الثاني وهو مثلية الثمن، فاحترز مما إذا كان الثمن قيمياً، وصار إلى المشتري الآخر فرابح به فإن ذلك يصح إذا وقعت المرابحة بغير الثمن الأول وزيادة معلومة فلا جهالة، والاحتراز في هاتين الصورتين من المفهوم .

قال في الشرح: وقوله "فيهما" يعني أن لفظة "غالباً"، يحترز بها من المسألتين[كما تقدم][١] [ولذلك زادها، وأيضاً فإن فيها إشارة إلى التضعيف الذي أشار إليه المؤلف] [٢] متعلق بالصورتين، وإنما استضعف المؤلف عليلم جعل هاتين المسألتين للمذهب لأنه لم يذكر ذلك إلا السيد ح، وجعله الإمام المهدي عليلم في الأزهار للمذهب، وكذا غيره في شروح الأزهار، قالوا لأن اللازم القيمة وهي تختلف باختلاف المقومين، وذلك غير سديد لأنهم قد ذكروا أن المرابحة تصح في بعض المبيع كما مر، وجعلوا ذلك للمذهب وهذه العلة التي عللوا بها في هاتين المسألتين حاصلة في تلك ولم يعتبروها[٣/] فيها بل جعلوا المذهب ما ذكروه ط و ش كما مر، ولأنهم قد ذكروا أنها تصح الشفعة، ولو كان الثمن قيمياً، ولا يضر الاختلاف باختلاف المقومين .

قيل ف: في هذه المسألة الثانية ما معناه، وهذا لا يتأتى إلا عند من منع من صحة المرابحة في بعض المبيع، وهو ع وح كما مر.

قال: وأما من صححها هناك فلعله صححها هنا، وهو ط وش وهو الذي صححه المؤلف عليلم هناك، وكذلك صحح ذلك هنا في هاتين المسألتين لأنه الظاهر فافهم، وعدل عن عبارة الأزهار للاختصار انتهى[٤].

1 - الزيادة من (ب).
2 - سقط من (ب) .
3 - نهاية ورقة ٢٥٥ من (ب).
4 - الجامع في الشرح(خ).

[قوله عليلم] [١]: "**فَصْـــلٌ**"

وبَيِّنَ أنحاء تَعْيِب وشِرَاءَ مِمَّنْ يُحَابِيهِ وحط ويلحق[الْعَقْدِ بعد][٢] **عقدها وزيادة رَغْبَة** " هذا بيان لبعض أحكام المرابحة، وهو أنه يجب على من أراد أن يبيع شيئاً مرابحة لمن يرابحه كل واحد من الأمور التي ذكرها، ونحو كل أمر منها، ولذلك قال أنحاء، وهو جمع نحو لئلا يتوهم أن لفظة نحو مختصة بالتعيب فقط، فإذا كان حدث في المبيع عيب وجب عليه أن يبينه لمرابحة وسواء كان العيب من فعله أو[٣] من فعل غيره وأراد بنحو التعيب نقصه ورخصة وقدم عهده وتأجيله .

ومثال النقص أن يشتري حاملاً فتنتج عنده، أو مصراة فيحلبها أو ذات صوف فيجره، أو شجرة مثمرة فيأخذ ثمرها فإن المرابحة لا تصح إلا مع تبيين جميع ذلك، وحط قدر ما نقص من الثمن، ومثال الرخص أن يكون سعر السلعة يوم [٤/] الشراء أكثر من سعرها يوم المرابحة، فيجب عليه تبيين ذلك وإلا فسدت المرابحة، وكذا إذا كان شراؤه للسلعة في مدة متقدمة، وكان لتقدم العهد تأثير في نقصان[٥] القيمة فيشترط بيان ذلك فإن لم يكن لتقدم[٦] العهد تأثير في نقصان القيمة لم يجب بيانه، وأما التأجيل فقال زيد بن علي [عليلم] [٧] :من اشترى سلعة بثمن مؤجل لا يجوز أن يبيعها مرابحة على ثمن معجل، فإن باعه كان للمشتري الخيار[٨].

قال في الغيث: قلنا يعني مع بقاء السلعة، وعن ابن أبي الفوارس لا يحط مع البقاء إجماعاً، وأما مع التلف فقد قيل يلزمه الأرش على قول م بالله وفيه نظر، وعلى قول الهادي [هب] [٩] لا يلزم لأنه لا يجعل للمدة حكماً، وعن مالك ومحمد تلزمه القيمة ويرجع في الثمن فإن كان التأجيل لأجل زيادة في الثمن فهو فاسد [يعني باطل] [١٠] عند الهادوية فلا مرابحة فيه، وإذا[١١] كان المشتري [اشترى] [١٢]المبيع ممن يحابيه نحو أن يشتريه من عبده

---

1 - **الزيادة من (أ) .**
2 - **الزيادة من(أ).**
3 - **في (ب)"أم " .**
4 - **نهاية ورقة ٢٤٤ من (أ).**
5 - **في (ب)"انتقاص ".**
6 - **في (ب)"لقدم".**
7 - **الزيادة من(أ) .**
8 - **ينظر مسند زيد بن علي للإمام زيد بن علي - دار مكتبة الحياة - بيروت - لبنان- (١ / ٢٦٦).**
9 - **الزيادة من (ب) .**
10 - **الزيادة من (ب) .**
11 - **(ب)"وإن ".**
12 - **الزيادة من (أ) .**

المأذون أو يشتريه العبد منه أو يشتري أحد الشريكين في التصرف من الآخر فإنه يجب أن يبين ذلك، وكذلك شراء الابن من الأب أو العكس أو أحد الزوجين من الآخر حكاه في الغيث عن بعض أصحاب ح [١]، وصححه المؤلف عليلم، والذي في التذكرة وغيرها من كتب [أهل] [٢] المذهب أن ذلك غير واجب فيهما،[٣] وأراد بنحو الشراء الإجارة إذا رابح فيها المستأجر برضا المؤجر، وهذه من الزوائد.

قوله:" وحُطَّ " يعني أنه يجب على المشتري أن يبين لمن رابحه[٤] ما حط عنه البائع من الثمن، وذلك لأن الحط يلحق المرابحة إذا وقع بعد عقدها رضا المشتري بذلك أم كره.

قال ط: من اشترى شيئاً بعشرة دراهم فحط البائع [عنه] [٥] درهماً فإنه يبيعه مرابحة بتسعة دراهم [٦].

قال الطحاوي: فإن اشتراه مرابحة على ذلك الثمن ثم حط عنه بائعه شيئا فإنه يحط ذلك عن مشتريه أيضاً [٧].

قال ض زيد: وكذا يجب على أصلنا ووجه ذلك أن الحط يلحق بالعقد قبل التفرق وبعده حتى كان المحطوط لم يكن [٨].

وقال الإمام ح والشافعية: يحط ما حط عنه قبل التفرق لا بعده إذ هو بعد التفرق[٩] [و][١٠] كالهبة المنفصلة عن العقد فلا يلحق [١١].

قلنا: لا نسلم لما سيأتي.

قال في الشرح: وأما إذا حصل الحط قبل عقد[١٢] المرابحة وجب أن يبين ذلك أيضا، فيعمل فيه بالمراضاة فإن[١٣] لم يبين وجب الخيار للمرابح فقط[١٤]، وإنما عدل المؤلف

---

1 - الغيث المدرار ج٣(خ).
2 - الزيادة من(أ) .
3 - التذكرة الفاخرة(ص٣٧١).
4 - في (ب)"يرابحه " .
5 - الزيادة من (أ) .
6 - الغيث المدرار ج٣ (خ)و البحر الزخار - (٨ / ٤٣٧).
7 - المرجع السابق.
8 - المرجع السابق.
9 - في (ب)"التصرف".
10 - الزيادة من (ب) .
11 - البحر الزخار - (٨ / ٤٣٧).
12 - في (ب)"عقده" .
13 - في (ب)"وإن ".
14 - الجامع في الشرح(خ).

عليلم عن عبارة الأزهار لأنها توهم أن الحط قبل عقدها، وبعده على سواء وليس كذلك بل المراد ما ذكره المؤلف عليلم من الفرق بينهما، وأراد بنحو الحط الإبراء والإسقاط لا التمليك كما سيأتي في الشفعة إن شاء الله تعالى .

وكذا يجب تبيين الزيادة في المبيع من البائع للمشتري المرابح فإن رابح في المبيع دون الزيادة بجميع الثمن، ولم يبين ذلك لمن يرابحه ثبت له الخيار فأما[١] زيادة الرغبة، فالمراد بها أن يكون المشتري زاد في المبيع بأن اشتراه بأكثر من قيمته شدة[٢] رغبته[٣] فيه، فإذا أراد أن يبيعه مرابحة، وجب عليه أن يبين ذلك لمن يرابحه، وأراد بنحو الرغبة أن يكون البائع فقيراً فأحب أن يزيد له في الثمن أو نحو ذلك كذا نقل عن المؤلف عليلم .

تنبيـــــهٌ: وإذا لم يبين المشتري لمن يرابحه جميع ما تقدم فكره كان عاصياً بذلك، وينعقد البيع، ويثبت الخيار للمرابح في جميع ما تقدم .

تنبيـــــهٌ: والأصل في لحوق الزيادة والنقصان في المبيع [والثمن] [٤] بالعقد القياس على النكاح، وقد قال تعالى:" **(**وَلاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُم بِهِ مِن بَعْدِ الْفَرِيضَةِ **)** "[٥] وإنما لم يلحق بعقد المرابحة الزيادة في الثمن ولا النقصان في المبيع لما سيأتي في الشفعة إن شاء الله تعالى .

قوله عليلم: **وَيَجُوزُ ضَمُّ الْمُؤَنِ غَالِبًا** " أي ويجوز للمشتري أن يضم ما غرمه على المبيع في قصارة أو خياطة، أو نحوهما، و كذلك الكرى، وأجرة السمسار[٦] وكسوة العبد ونفقته، ونحو ذلك فيجوز ضم المؤن إلى رأس المال لكي يقول قام علي بكذا ليكون أبعد من الكذب لا أنه يقول اشتريته بكذا ذكر ذلك ط والحنفية، وقال ك: لا يجوز وإن بين الغرامة . [٧]

وقوله: "غالباً" احتراز مما غرمه البائع على نفسه من نفقة وغيرها فإنه لا يجوز له أن يضمها.

1 - في (ب)"وأما ".
2 - في (ب)"لشدة".
3 - في (ب)"رغبة ".
4 - الزيادة من (ب) .
5 - النساء: ٢٤.
6 - السمسار: الدلال، وهو الوسيط بين البائع والمشتري لتسهيل الصفقة. القاموس الفقهي - (١ / ١٨٣).
7 - بداية المجتهد (٢ / ١٧٣).

قال ط: ولا دواء الشجة[1] ولا ما افتداه به من اللصوص فأما لو أخذ أرش الشجة، فالأرجح للمذهب أنه يحط بقدر الأرش ،وقيل: لا، كما لا يضم الفداء[2] .

قال في البحر: قلت وهو أقرب[3]، وكذا الجارية البكر إذا ذهبت بكارتها فلو كان أرش الجناية كقيمته نحو قطع المذاكير في العبد.

قال في الغيث: فالأقرب أنه لا يصح بيعه مرابحة، وأما في دونها فيصح، ويحط ما بين قيمته مجنياً عليه، وغير [مجني عليه] [4] انتهى [5].

قوله عليلم:" **وَمَنْ أَغْفَلَ ذِكْرَ نحو الْوَزْنِ اعْتَبَرَ فِي رَأْسِ الْمَالِ** [6/] **بِمَوْضِعِ الشِّرَاءِ وَفِي الرِّبْحِ بِمَوْضِعه**" أراد بنحو الوزن الكيل والذرع، وهو من الزوائد والمعنى أن من لم يذكر في المرابحة لرأس المال وزن بلد معيين وكان وزن الدراهم مختلفاً باختلاف البلدان اعتبر في وزن رأس المال بالموضع الذي اشترى فيه السلعة، وفي وزن الربح بالموضع الذي وقعت فيه المرابحة، ومثاله أن يشتري سلعة ثم يحملها إلى بلد آخر ويرابح فيها، ولم يذكر وزن البلد الذي اشتراها منه، فإنه يأخذ رأس المال بوزن البلد الذي شرى منه السلعة، والوجه أن ذلك أقرب ما يعتبر به من البلدان .

قيل ف: ويكون للمشتري الخيار لأن ظاهر العقد ينصرف إلى نقد الناحية، وأما الربح فيأخذه بوزن البلد الذي رابح فيه [7].

قوله عليلم: " **وَهُوَ بَيْنَ الشُّرَكَاءِ حَسَبَ الْمِلْكِ** "فيكون لكل واحد منهم من الربح بقدر الذي له من الملك في السلعة المرابح فيها من نصف أو ثلث أو ربع أو نحو ذلك، وإن كان دفع [من الثمن أكثر] [8] من حصته في السلعة أو أقل أو أكثر فلا عبرة بذلك، والوجه أن الربح مع رأس المال عوض عن العين المبيعة فكان بقدر الملك فيها ولا حكم للدفع في ذلك وذلك واضح .

---

1 - **الشَّجَّةُ: هي ما تَصْدَعُ العَظْمَ ولا تَهْشِمُ. القاموس المحيط - (١ / ٧٧٧) .**
2 - **الغيث المدرار ج٣(خ).**
3 - **البحر الزخار - (٨ / ٤٢٧).**
4 - **الزيادة من (ب) .**
5 - **الغيث المدرار ج٣(خ).**
6 - **نهاية ورقة ٢٥٦ من (ب).**
7 - **الغيث المدرار ج٣(خ)وشرح الأزهار - (٣ / ١٦٣) .**
8 - **في (ب)"من الثمن أكثر " بدل مابين المعقوفتين.**

تنبيـــــهٌ: لو أن رجلين اشتركا في سلعة بخمسين ديناراً فاسترخصاها فتقاوماها بينهما بستين ديناراً فاشترى أحدهما نصيب الآخر بثلثين ديناراً لم يجز أن يبيعها مرابحة على ستين بل على خمسة وخمسين والوجه أنها حصلت له بذلك.

قوله عليلم: " **وَلِلْكَسْرِ حِصَّتُهُ**" فلو اشترى سلعة بخمسة وخمسين ديناراً ثم باعها مرابحة في كل عشرة دينار لزم للخمسة نصف دينار والوجه واضح .

تنبيـــــهٌ: قال الإمام ح: ويجوز بيع المخاسرة كالمرابحة وهي[١] أن يبيع بدون رأس ماله فيقول بعتك هذا الشيء مخاسرة [٢/] بكذا أو برأس ونقصان كذا أو نحو ذلك [٣].

قوله عليلم:" **وَالْخِيَانَةُ فِي عَقْدِها أو عوضها تُوجِبُ الْخِيَارَ فِي الْبَاقِي وفِي التَّالِفِ الخلاف** "وصورة الخيانة في عقد المرابحة أن يوهمه أنه اشتراه بالثمن حالاً، وهو مؤجل أو يكون قد تقادم عهده أو قد رخص سعره أو شراه بأكثر من قيمته رغبة فيه ولم يبين ذلك للمشتري أو كان قد حدث به[٤] عيب أو وهمه أنه شراه، وهو فيه.

قال في الغيث: فقد اختلف العلماء في ذ لك فحكى أبو مضر عن ع ومالك أن الخيانة مفسدة لعقد المرابحة، والتولية[٥]، و كذا في الوافي قال والمذهب أنها لا تفسد [٦].

قلت: واختلف الذين قالوا [لا] [٧] تفسد فذكر الأخوان أن الخيانة في العقد يوجب الخيار في الباقي، والأرش في التالف على أصل يحيى عليلم قياساً على الخيانة في المبيع و الثمن وكالعيب [٨].

وقال ح وأصحابه والثوري: وصححه القاضي زيد للمذهب، أنه يجب له الخيار في الباقي، ولا يجب له الأرش في التالف ذكروا ذلك فيمن اشترى بمؤجل، وأوهم في المرابحة أنه معجل فكذلك ما أشبهه مما قدمنا ذكره، وهو الذي رجحناه في الأزهار انتهى [٩].

---

1 - في (ب)"وهو ".
2 - نهاية ورقة ٢٤٥ من (أ).
3 - شرح الأزهار - (٣ / ١٦٣).
4 - في (ب)"فيه " .
5 - التولية: مصدر ولى غيره جعله واليا، وشرعا: بيعه بثمنه الأول ولو حكما: يعني بقيمته، وعبر عنها به لأنه الغالب. الدر المختار (٥ / ٢٥٧).
6 -الغيث المدرار ج٣(خ) .
7 - الزيادة من (أ) .
8 - الغيث المدرار ج٣(خ)و شرح الأزهار - (٣ / ١٦٤).
9 - الأزهار - (١ / ١٠٥).والغيث المدرار ج٣(خ).و البحر الرائق - (٦ / ٣).

وصورة[1] الخيانة في العوض، وهو المبيع أو الثمن أن يشتري شيئاً ويستهلك بعضه ثم يرابح في باقيه بثمن جميعه موهما أنه لم يذهب منه شيء أو يشترى[2] شيئاً بعشرة فيوهم أنه بخمسة عشر ثم يقول بعت منك برأس مالي، وهو خمسة عشر مع زيادة كذا وإذا كانت الخيانة في العوض استحق المشتري الأرش وهو قدر ما خانه البائع من المبيع أو الثمن فيرجع في المثال المتقدم بقدر ما نقص من المبيع وفي المثال الثاني بخمسة دراهم ولا يرجع بشيء من الربح، وقال أبو يوسف: وهو أحد قولي الشافعي، ومثله عن الناصر أنه يسقط أيضاً من الربح حصة الخيانة، وقواه الفقيه ح، وخلاف ع و ك والوافي أن الخيانة في العقد توجب الفساد يأتي هنا، وعند زيد بن علي عليلم وهو أحد قولي م بالله وبه قال الثوري وغيره أنه لا خيار، بل ترفع الخيانة إذ هو المقصود [3].

قلنا: إنما يخير التدليس[4] بالخيار لا بمجرد الحط كالعيب وإنما ذكر المؤلف عليلم في صورة التلف خاصة مع أنه جاهل مع البقاء أيضاً وإن كانت صفته مختلفة لأنه [لم] [5] يترجح [له] [6] أي الأقوال في صورة التلف، وأيضاً فعبارة الأزهار توهم أنه يجب الأرش في الخيانة في العقد والمبيع والثمن جميعاً، وإنما عرف الخلاف في هذه المسألة[7] لاشتهاره بخلاف المسألة الآتية المقصودة بقوله عليلم :" **وفي الْمُسَاوَمَةِ خلاف** "وللخيانة في المساومة صورتان:

الأولى: في الثمن نحو أن يوهمه أنه خمسة عشر [وهو عشرة] [8] فيقول بعت منك بخمسة عشر فيقول اشتريت والثانية في المبيع نحو أن يبايعه في رمان أو سفرجل فيعزل المشتري منها ما يريد أن يأخذه فيقول له البائع كم هذه فيقول عشر[9] وهي أكثر أو نحو ذلك ثم يقول المشتري قد بعت مني هذه التي عزلتها بكذا فيبيع منه معتقد أنها العشرة، وهي أكثر أو يكون الأمر على العكس بأن يعزلها البائع فيقول المشتري كم هذه فيقول عشرا وهي أقل، ففي هذه الخيانة خلاف، فذكر الفقيه ع أنه يثبت لأجلها الخيار، وهو المفهوم من كلام الهادي عليلم، و ط حيث أثبتا الخيار في بيع الجزاف، [و] [10]إذا علمه الباع وجهله

---

1 - في (ب)"فصورة ".
2 - في (ب)"اشترى " .
3 - الاختيار لتعليل المختار (٢ / ٣٠).و البحر الرائق - (٦ / ٣).والغيث المدرار ج٣(خ) .
4 - في (ب)"للتدليس ".
5 - الزيادة من (أ) .
6 - الزيادة من (أ) .
7 - في (ب)"الثلاثة".
8 - الزيادة من (ب) .
9 - في (ب)"عشرة".
10 - الزيادة من (ب) .

المشتري، وذكر الفقيه س في تذكرته أنه لا خيار، وأخذه من قول م بالله إذا باعه جزافا موهماً أنها من عود مخصوص، فبانت من غيره أنه لا خيار [١]، ومن قولهم المتواطأ عليه لا يلزم وظاهر كلام[٢] المهدي [عليلم] [٣] أنه لا يثبت الأرش مع التلف بالخيانة في المساومة ولذلك نكر المؤلف عليلم الخلاف هنا لما لم يكن ظاهراً إلا مع البقاء دون التلف كما تقدم .

" مَسْأَلَةٌ " وَتَجُوزُ الْمُرَابَحَةُ فِيمَا رَبِحَ بِهِ ثُمَّ اسْتَعَادَهُ بِالثَّمَنِ الْأَوَّلِ عند الأخوين، وش ومالك وأبي يوسف ومحمد، لحصول حقيقة المرابحة [٤]، وقال[٥] ع و ح: لا يجوز ذلك ، إلَّا مَعَ حَطِّ قدر الرِّبْحِ مِنْ الثَّمَنِ الْأَوَّلِ إذْ قَدْ انْتَفَعَ بِبَدَلِهِ كَمَا لَا يَصِحُّ بِمُعَجَّلٍ فِيمَا اشْتَرَاهُ بِمُؤَجَّلٍ .

قُلْنَا : الْعَقْدُ الْآخَرُ مُنْفَصِلٌ ، فَهُوَ كَالْمُبْتَدَإِ [٦].

مسألة:" ومن اشترى بألف نقداً فدفع عنه عرضاً رابح بالنقد لحصول الحقيقة عند القاسمية والحنفية، وقال ك والليث لا يجوز ذلك حتى يبين إذ لا يكون دفعة للألف متحققاً[٧/] لجواز نقص قيمة العرض [٨].

قلنا: الثمن الألف وهو معلوم وأخذ العرض عقد منفصل.

مسألة: الهادي عليلم: ولو اشتريا عبداً بعشرة فأقاما ثوباً لأحدهما قيمته أربعة بستة ودفع الآخر أربعة ثم رابحا باثني عشر فلصاحب الثوب قيمة ثوبه أربعة إذ مدفوعه في التحقيق أربعة والربح بينهما يعني نصفين ذكر هذه الثلاث المسائل في البحر وفيه أيضاً ما لفظه "مَسْأَلَةٌ " وَلَوْ حَدَثَ مَعَ الْمُشْتَرِي فَوَائِدُ أَصْلِيَّةٌ و[٩]فَرْعِيَّةٌ لَمْ يُمْنَعْ اسْتِهْلَاكُهَا مِنْ الْمُرَابَحَةِ فِي الْأَصْلِ إذْ هِيَ نَقْلُ الْمَبِيعِ بِالثَّمَنِ الْأَوَّلِ وَزِيَادَةٌ ، وَقَدْ حَصَلَ وَلَا يَلْزَمُ تَبْيِينُ ذَلِكَ .

وَقَوْلُ الهادي عليلم إذَا عَلِمَ الْمُشْتَرِي،" ط " أَرَادَ النَّدْبَ فَقَطْ "م بالله" أَرَادَ رَفْعَ الْخِيَانَةِ فَيَسْقُطُ الْخِيَارُ انتهى [١٠].

---

1 - التذكرة الفاخرة (ص٣٧٣).
2 - في (ب)"قول" .
3 - الزيادة من (أ) .
4 - التاج والإكليل لمختصر خليل - (٧ / ٢٥٩)و الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير (١ / ٣٤٦) ..
5 - في (ب)"وقول" .
6 -التذكرة (ص٣٧٢)والبيان لابن مظفر (٢/٦٦٠) والبحر الزخار (٨ / ٤٣٥) .
7 - نهاية ورقة ٢٥٧ من (ب).
8 - التاج والإكليل لمختصر خليل - (٧ / ٢٦٧) .
9 - في (ب)"أو" .
10 - البحر الزخار (٨ / ٤٣٢).

"فَصْـــلٌ"

وَالتَّوْلِيَةُ كَالْمُرَابَحَةِ في كل ما ذكر غالباً "يعني أن أحكام التولية وشروطها كأحكام المرابحة وشروطها من أنها بالثمن الأول حيث تناولت جميع المبيع، أو بالحصة حيث كانت في البعض وأنها بلفظها أو لفظ البيع.

قيل: وينعقد البيع بلفظ التولية كما تنعقد التولية بلفظ البيع ويشترط في صحتها معرفة أحد المتبايعين لرأس المال حالا تفصيلاً أو جملة فصلت في المجلس، ويشترط أيضاً صحة العقد الأول، وكون الثمن مثلياً على ما مر في المرابحة من التفصيل والخلاف، ويجب تبيين أنحاء تعيب، ويجوز ضم المؤن وسائر ما تقدم من الأحكام، والشروط وكون الخيانة في عقدها أو عوضها(١) يوجب الخيار في الباقي وفي التالف الخلاف وفي المساومة خلاف كما مر سواء(٢).

[وقوله] (٣):" غالباً " احتراز من بعض الأحكام فإنها تخالف المرابحة فيه وهي أنها لا تكون [إلا] (٤)بالثمن الأول فقط من دون زيادة.

مسألة: وإذا قال المشتري لآخر اشْتَرَيْت هَذِهِ السِّلْعَةَ بِكَذَا وَقَدْ شَرَكْتُك فِي نِصْفِهَا ، فَقَبِلَ الْمُخَاطَبُ مِلْك نِصْفِهَا بِنِصْفِ الثَّمَنِ فَإِنْ لَمْ يُعَيِّنْ فِي كَمْ أَشْرَكَهُ فَوَجْهَانِ:

قال الإمام يحيى: أَصَحُّهُمَا يَفْسُدُ لِلْجَهَالَةِ ، وَقِيلَ : يَصِحُّ وَتُنَصَّفُ.

قال في البحر: قُلْت : الْأَوَّلُ [٥/]أَقْرَبُ كَالْبَيْعِ فَإِنْ حُطَّ عَنْ الْأَوَّلِ شَيْءٌ بَعْدَ أَنْ أَشْرَكَهُ اشْتَرَكَا فِي الْحَطِيطَةِ كَقَبْلِ الشَّرِكَةِ، إذْ الْقَصْدُ الشَّرِكَةُ فِي الثَّمَنِ انتهى (٦).

---

1 - في (ب)" عوضا" .
2 - شرح الأزهار - (٣ / ١٦٣).
3 - سقط من (ب) .
4 -الزيادة من (أ) .
5 - نهاية ورقة ٢٤٦ من (أ).
6 - البحر الزخار (٨ / ٤٤٧).

"بابُ والجُعالةُ "

عند أهل المذهب إجارة فاسدة، يلزم بها أجرة المثل بتمام العمل لا المسمى، وصححها الشافعية، ووافقهم الإمام ي [1]، وهي مثلثة الجيم، والجعل بضم الجيم، وهي ما يجعل للغير على شيء يفعله [2].

قالوا: والجعالة شرعاً التزام عوض معلوم لمعين، أو غير معين على عمل مشروط [3].

والأصل فيها حديث أبي سعيد الخدري في الصحيحين وغيرهما في رقية اللديغ على قطيع من الغنم، وفيه " ما أنا بِرَاقٍ لَكُمْ حتى تَجْعَلُوا لنا جُعْلًا "، وأنه رقاه بفاتحة الكتاب حتى برأ وأعطوهم جعلهم وأنهم [لم] [4] يقتسموه حتى أتوا النبي صلى الله عليه وآله قال لهم قد أَصَبْتُمْ اقْسِمُوا وَاضْرِبُوا لي مَعَكُمْ [5/]سَهْمًا "[6] وقد روى الحاكم أن الراقي أبو سعيد [الخدري] [7] راوي الحديث، وقال على شرط مسلم [8].

وبهذا الحديث يتم الاستدلال لصحة الجعالة بقوله تعالى **(**وَلِمَن جَاء بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَاْ بِهِ زَعِيمٌ **)** [9] فإنه شرع من قبلنا، وقد قرره شرعنا[10/] كما دل عليه الحديث المذكور.

وصورتها: أن يقول القائل لشخص معين إن رددت عبدي الآبق فلك كذا، أو يقول من رده فله كذا، ويصح أن يكون الملتزم غير المالك، نحو أن يقول من رد عبدي زيد فله كذا، وإنما تصح الجعالة في عمل يصعب ضبطه، ولا يصح عقد الإجارة عليه كرد الآبق لأن مسافة رده مجهولة في الأغلب، واغتفرت الجهالة فيها للحاجة، وأما ما يصح عقد الإجارة عليه كالبناء والخياطة ونحوهما في صحة الجعالة عليها وجهان .

---

1 - البحر الزخار - (٦ / ١٣٨) .

2 -الصحاح للجوهري - (٥ / ٣٤٢) .

3 - الإقناع للشربيني (ج٢/ص٣٥٣).

4 - سقط من (أ).

5 - نهاية ورقة ٣٢٦ من (ب).

6 -أخرجه البخاري في صحيحه-كتَاب الْإِجَارَةِ - بَاب ما يُعْطَى في الرُّقْيَةِ على أَحْيَاءِ الْعَرَبِ بِفَاتِحَةِ الْكِتَابِ –رقم ٢١٥٦ (ج٢/ص٧٩٥). و أخرجه مسلم في صحيحه -كِتَاب السَّلَامِ -بَاب جَوَازِ أَخْذِ الْأُجْرَةِ على الرُّقْيَةِ بِالْقُرْآنِ وَالْأَذْكَارِ - رقم٢٢٠١ (ج٤/ص١٧٢٧).

7 - سقط من (ب).

8 -أخرجه الحاكم في المستدرك على الصحيحين - كتاب فضائل القرآن - باب أخبار في فضائل القرآن جملة -رقم٢٠٥٤. وقال صحيح على شرط مسلم (ج١/ص٧٤٦).

9 - يوسف:٧٢ .

10 - نهاية ورقة ٣١٣من (أ).

فـــــرعٌ: ويشرط في صحة الجعالة أن يكون بلا توقيت فلا يصح أن يقول من رد علي عبدي لشهرٍ أو نحوه فله كذا، لأن ذلك يخل بمقصود العقد إذ ربما لا يجده في تلك المدة فيضيع عمله، ويشترط في العمل أن لا يكون واجباً، وأن لا يكون فيه كلفة ومشقة.

قالوا: وإنما يستحق الجعل من عينه الجاعل، أو سمع نداءه العام، فمن رد الآبق أو الضالة من غير أن يسمع ذلك فلا شيء له، لأنه متبرع بالرد، وإنما يجب الجعل بتمام العمل، فلو رد الآبق إلى باب سيده فمات قبل دخوله ونحوه أو هرب أو غصب لم يستحق العامل شيئاً [١].

فـــــرعٌ: والجعالة جائزة من الطرفين قبل تمام العمل فللملتزم أن يرجع عنها قبل ذلك، وأن يزيد في الجعل أو ينقص منه، ويجب عليه الإعلان بذلك، فإن لم يعلنه بقي الالتزام بحاله[٢].

فـــــرعٌ: وإذا قال من رد أبقى من موضع كذا فله دينار، فرده الراد من قدر نصف الطريق استحق [قدر] [٣] نصف الدينار ونحو ذلك، وإن رده من أبعد من الموضع المسمى لم يستحق زيادة.

فـــــرع: وإذا قال الملتزم لشخص معين إن رددت ضالتي أو عبدي فلك دينار فشاركه غيره في العمل، فلا شيء للمشارك بل إن قصد العمل للمالك، أو لم يقصد شيئاً أصلا استحق المعين نصف الدينار فقط، لأنه عمل النصف فقط، وإن قصد إعانة المجعول له استحق المجعول له الدينار، ويرجع [في] [٤] ذلك إلى قول المشارك.

وحيث لم يعين شخصاً يشترك في الجعل المشتركون في العمل، وإن قال لشخص إن رددته فلك كذا، وقال لآخر مثل ذلك فرداه [معاً] [٥] استحق كل واحد منهما نصف الجعل، فإن شرط لأحدهما ديناراً وللآخر ثوباً فاشتركا فلصاحب الدينار نصفه وللآخر نصف أجرة المثل لجهالة الثوب .

فـــــرعٌ: فلو مات الملتزم بعد أن قطع العامل نصف المسافة ثم أوصل الآبق إلى الوارث استحق قسط ما عمل في حياة الملتزم لانفساخها بموته بخلاف ما لو مات العامل في الطريق فلا يستحق وارثه شيئاً لأنه لم يتم العمل [والله أعلم] [٦].

---

1 - روضة الطالبين (ج٥/ص ٢٦٨) و الإقناع للشربيني (ج٢/ص٣٥٣) .
2 - المهذب (ج١/ص٤١١).
3 - الزيادة من (أ).
4 - الزيادة من (أ).
5 - الزيادة من (ب).
6 - الزيادة من (أ).

"بَـــابُ الْإِقَـــالَةِ "

الأصل فيها من السنة حديث أبي داود، وابن ماجة، والحاكم والبيهقي " من أَقَالَ مُسْلِمًا [بيعته] (١)أَقَالَ الله عَثْرَتَهُ "(٢) زاد ابن ماجة " يوم الْقِيَامَةِ "(٣) وفي رواية البيهقي" من أقال نادماً أقاله الله (٤).

قال الحاكم: صحيح على شرط مسلم(٥)، ولا خلاف في صحتها وأنها مستحبة، حيث ندم أحد المتبايعين للحديث .

فائــــدةٌ : قال في شرح الإرشاد:" الإقالة ليست من خواص البيع بل تجري في الهبة"(٦) كما يوجد [من] (٧) العزيز مزياتها وتجري في الحوالة كما في الكافي(٨)، وسيأتي في بابها وفي الصداق.

قال القاضي حسين في فتاويه : "إن قلنا مضمون ضمان عقد صحت وإلا فلا ويجري في القسمة".

قال القاضي في فتاويه: "إن كان فيها رد صحت الإقالة وإلا فإن قلنا إقرار حق فلا" انتهى (٩).

قوله عليلم :" **شروطها لفظها ومن الْمُتَعَاقِدَيْنِ وبقى المتقايل فيه وعدم زيادته غالباً** "يعني [أن] (١٠) شروط الإقالة التي لها الأحكام المخصوصة أربعة فإن اختل أحدها لم يلحقها تلك الأحكام.

الشرط الأول: أن تكون بلفظها، قيل إجماعا فيقول أحدهما أقلتك

---

1 - الزيادة من(أ) و هي زيادة من ابن حبان بلفظ" مَنْ أَقَالَ نَادِمًا بَيْعَتَهُ أَقَالَ اللَّهُ عَثْرَتَهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ " صحيح ابن حبان ج١١/ص٤٠٢ -باب الإقالة -رقم٥٠٢٩ -وإسناده صحيح على شرط مسلم كما قال شعيب الأرنؤوط .

2 - أخرجه أبو داود في سننه -كتاب الْإِجَارَةِ - بَاب فِي فَضْلِ الْإِقَالَةِ - رقم٣٤٦٠ (ج٣/ص٢٧٤)و الحاكم في المستدرك على الصحيحين -كتاب البيوع (ج٢/ص٥٢-٢٢٩١)والحديث صحيح كما قال الألباني في الإرواء (٥ / ١٨٢).

3 - أخرجه ابن ماجه في سننه-كِتَاب التِّجَارَاتِ -بَاب الْإِقَالَةِ -رقم٢١٩٩ (ج٢/ص٧٤١). والحديث صحيح كما قال الألباني في الإرواء (٥ / ١٨٢).

4 - أخرجه البيهقي في السنن الكبرى - جماع أبواب السلم - باب من أقال المسلم إليه بعض السلم وقبض بعضا-رقم١٠٩١٤. (ج٦/ص٢٧) والحديث صحيح كما قال الألباني في الإرواء (٥ / ١٨٢).

5 -تحريف من المخطوط وصوابه "صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه. المستدرك على الصحيحين (ج٢/ص٥٢).

6 - شرح الإرشاد (٣١٢/١).

7 - الزيادة من(أ) .

8 - الكافي (خ).

9 - فتاوى القاضي حسين (مخطوط).

10 - الزيادة من(أ) .

أو[١] أنت مقال أو لك الإقالة أو تقايلنا، أو نحو ذلك ويقول الآخر قبلت ويعني عن القبول بعدم الطلب .

قال في الغيث: واعلم أنه لا بد من قبول المستقيل، أو ما يقوم مقام القبول، وهل تصح بماض ومستقبل؟

لعل ذلك على الخلاف في كونها بيعاً أو فسخاً والله أعلم انتهى [٢].

ووجه اشتراط لفظها أن لها أحكاماً مخصوصة فاعتبر فيها لفظ مخصوص كالكتابة، وقال ع والإمام ح: وهو ظاهر مذهب ش أنه لا يشترط لفظها بل ما أفاد الرفع حصلت به كما يصح البيع والنكاح بغير لفظهما [٣].

قال في البحر: قُلْنَا إذًا لَكَانَ لَفْظُ الْفَسْخِ إقَالَةً فَلَا يَخْتَلِفُ حكمهما انتهى [٤].

الشرط الثاني: أن تقع الإقالة [بين المتعاقدين فلو ماتا، أو أحدهما لم تصح الإقالة بين الورثة.

قال في البحر: وَلَيْسَ لِلْوَارِثِ رَفْعُ مَا أَبْرَمَهُ الْمُوَرِّثُ [٥].

قال في الغيث : ولا أحفظ في ذلك خلافاً [٦].

الشرط الثالث: أن تقع الإقالة] [٧] مع بقاء المبيع الذي وقع فيه التقايل فلو كان قد تلف لم تصح الإقالة فيه على المذهب .

قال في البحر: "إذْ هِيَ إمَّا بَيْعٌ ، وَبَيْعُ الْمَعْدُومِ لَا يَصِحُّ أَوْ فَسْخٌ فَلَا يَلْحَقُ التَّالِفَ لِتَعَذُّرِ رَدِّهِ كَمَا أُخِذَ كَفَسْخِ الْمَعِيبِ الإمام يحيى للمذهب وأحد قولي الشافعي يَلْحَقُ التَّالِفَ فَيُتَرَادَّانِ الْقِيمَةَ يَوْمَ التَّلَفِ وَقِيلَ يَوْمَ الْقَبْضِ وَقِيلَ أَوْفَرَ الْقِيَمِ مِنْ الْقَبْضِ إلى التَّلَفِ ، إذْ الْقَصْدُ بِهَا رَفْعُ الْغَبْنِ ، وَهُوَ يَرْتَفِعُ مَعَ التَّلَفِ كَمَعَ الْبَقَاءِ .لَنَا مَا مَرَّ انتهى [٨].

قيل : وإذا تقايلا في المبيع المثلي بعد تلفه فالواجب رد مثله لا قيمته على القول بصحة الإقالة في التالف وهو واضح [٩].

1 - في(ب)"و".
2 -الغيث المدرار ج٣(خ) .
3 -البيان لابن مظفر (٢/٦٦٤). و تحفة المحتاج في شرح المنهاج - (١٨ / ٥).
4 - البحر الزخار - (٨ / ٤١٧) .
5 - البحر الزخار - (٨ / ٤٢٢) .
6 -الغيث المدرار ج٣(خ) .
7 - سقط من(ب).
8 - البحر الزخار (٨ / ٤١٨).
9 - الغيث المدرار ج٣(خ) والبيان لابن مظفر(٢/٦٦٤) .

تنبيـــــهٌ: أما لو تلف بعض المبيع فقال في الكافي:" تصح الإقالة في الباقي منه إجماعاً"[١]، وهو الذي في الأزهار لأنه قال "في مَبِيعٍ بَاقٍ لَمْ يَزِدْ"[٢]، ولم يقل" ولم ينقص"، وفي الانتصار أيضاً قال:" فإن كان المبيع كله باقياً لم تصح الإقالة في بعضه"[٣] هكذا في الغيث، ومفهومه أنه لو[٤] كان قد تلف بعضه صحب في الباقي[٥]، والله أعلم.

وفي البحر ما لفظه " مَسْأَلَةٌ " الإمام ح وَإِذَا تَلِفَ بَعْضُ الْمَبِيعِ صَحَّتْ الْإِقَالَةُ فَيَرُدُّ الْبَاقِيَ وَقِيمَةَ التَّالِفِ كَلَوْ كَانَا تَالِفَيْنِ.

قُلْت: بَلْ لَا تَصِحُّ الْإِقَالَةُ كَمَعَ تَلَفِهِ جَمِيعًا .

قِيلَ [الكافي] [٦]: فَإِنْ تَعَلَّقَتْ [الإقالة] [٧] بِالْبَاقِي فَقَطْ صَحَّتْ بِحِصَّتِهِ إجْمَاعًا .

قُلْت: إنْ تَمَيَّزَتْ الْأَثْمَانُ وَإِلَّا فَلَا.

الإمام ح: وَلَا تَصِحُّ فِي بَعْضِ مَا هُوَ بَاقٍ كُلُّهُ كَالْفَسْخِ [بِالْعَيْبِ.

قُلْت: الْقِيَاسُ الصِّحَّةُ كَالْفَسْخِ] [٨] بِالتَّرَاضِي انتهى [٩].

قيل: يعني حيث تميزت الأثمان، وهو مقتضى ما ذكره في شرح الإرشاد حيث قال:" ويصح في بعض من المبيع كما يصح كله [١٠].

هذا على الأظهر إما على القول بأنها بيع، قال الإمام [يحيى] [١١] فإنها تصح في البعض[١٢] إن لم يلزم الجهالة فإن لزمت كأن اشترى عبدين فتقايلا في احدهما مع بقاء الثاني فلا [/١٣] يجوز على قولنا بأنها بيع للجهل بحصة كل واحد انتهى [١٤].

الشرط الرابع: عدم زيادة المبيع مع المشتري، فلو كان قد زاد بطلت الإقالة أما إذا كانت الزيادة غير متميزة كالسمن فذلك لا تردد فيه بين أصحابنا، وأما إذا كانت متميزة

---

1 - الكافي في شرح الوافي (خ) .
2 - الأزهار - (١ / ١٠٦).
3 -الانتصار على علماء الأمصار ج٦ (خ)
4 - في(ب)"إن".
5 -الغيث المدرار ج٣(خ) .
6 - الزيادة من المخطوط.
7 -الزيادة من المخطوط .
8 - سقط من(ب).
9 -البحر الزخار - (٨ / ٤٢١) .
10 - شرح الإرشاد (٣١٢/١) .
11 - الزيادة من(ب).
12 - في(أ)"بعض".
13 - نهاية ورقة ٢٥٨ من (ب).
14 -الغيث المدرار ج٣(خ) .

كالصوف والثمر ففيه تردد فذكر الفقيه ل أنها تبطل أيضاً، والصحيح للمذهب أنها لا تبطل لأنها إن[1] كانت متميزة فقد رجع المبيع على حالته الأولى [2].

قال في الغيث: فإن قلت ظاهر كلام الأزهار أنه لا فرق بين المتميزة وغيرها، لأنه قال لم يزد ولم يفصل [3].

قلت: بل قد رفع هذا الوهم بقوله في آخر الباب والفوائد للمشتري أراد الفرعية والأصلية وهي الصوف واللبن فصرح بذلك أنها تصح حيث الزيادة متميزة.

فإن قلت هذا حكمه إذا زاد فما حكمه إذا نقص هل تصح الإقالة في الناقص أم لا ؟

قلت: ينظر في النقصان فإن لم يكن متميزاً نحو أن تهزل البهيمة أو تشيخ الجارية أو يذهب بصرها أو نحو ذلك فالظاهر أن الإقالة تصح [إذ هي] [4] عين المبيع ولم ينقص منه ما يمكن تقسيط الثمن عليه وإن كان الناقص متميزاً نحو أن يكون المبيع ثوبين أو نحوهما فقد قدمنا أن الإقالة تصح في الباقي منهما [يعني حيث تميزت الأثمان] [5]وادعى في الكافي الإجماع على ذلك [6]، فحصل من هذا أن النقصان لا يمنع من الإقالة سواء كان متميزاً أو[7] غير متميز .

وقد أشرنا إلى ذلك في الأزهار حيث قلنا "لم يزد"[8] فمفهومه أن المانع[9] من الإقالة إنما هي[10] الزيادة دون النقصان لأن هذا الكتاب موضوع للإفادة فمفهومه[11] كمنطوقه فافهم ذلك انتهى .

وقوله :"غالباً" قال في الشرح: "احتراز من أربع صور، [12]زادها المؤلف [عليلم] [13]على ما في الأزهار:

الأولى: الوكيل بالبيع فإنها لا تصح منه الإقالة مع أنه معاقد إذ قد انعزل بالفعل .

---

1 - في(ب)"إذا ".
2 - شرح الأزهار - (٣ / ١٦٨).
3 -الغيث المدرار ج٣(خ) .
4 - في(ب)"إذا"بدل مابين المعقوفتين .
5 - الزيادة من(أ).
6 -الكافي في شرح الوافي (خ) .
7 - في(ب)"أم".
8 - الأزهار - (١ / ١٠٦).
9 - في(ب)"للمانع".
10 - في(ب)"هو".
11 - في(ب)"بمفهومه".
12 - الجامع في الشرح(خ).
13 - الزيادة من(أ).

وقد روى النجري عن الإمام المهدي عليلم أنها تصح من الوكيل، وفيه نظر .

وهذا استثناء[1] من منطوق قوله "المتعاقدين".

الصورة الثانية: الوكيل بالإقالة فإنها تصح إقالته مع أنه غير عاقد، وكذا الموكل بالبيع تصح إقالته على أحد احتمالين[2] ذكرهما في بيان ابن مظفر[3] مع أنه غير عاقد وهو استثنى من مفهوم قوله "المتعاقدين".

الصورة الثالثة: لو أراد الإقالة في بعض المبيع وهو قيمي[/٤] فإنها لا تصح لعدم حصته من الثمن لأن الإقالة مأخوذة بالثمن الأول فقط وإلا لزم خروجها عن بابها، وسواء كان البعض الآخر باقياً أم تالفاً إلا أن تكون الإقالة في جزء منه مشاع، أو تميز الثمن إذا كان المبيع مستوياً أو نحوه مما يكون الثمن فيه معلوماً فإن الإقالة تصح فيه وقد فهم ذلك من [منطوق] [5] قوله "وبقاء المتقايل فيه"، والاحتراز في هذه الصورة من منطوق قوله "وبقاء المتقايل فيه ".

الصورة الرابعة: الزيادة المتميزة كالصوف والولد ونحوهما، فإن الإقالة تصح [في هذه الزيادة] [6]وهذا الاستثناء من مفهوم قوله "وعدم زيادته" فعرفت أن لفظة غالباً راجعة إلى المسائل الثلاث انتهى.

قوله عليلم : **وهي الفسخ بِالثَّمَنِ الْأَوَّلِ وَيَلْغُوَ شَرْطُ خِلَافِهِ** " أي الإقالة والفسخ كلاهما إنما يكونان بالثمن الأول فقط ولو سكتا عنه ولم يذكراه عند الإقالة إذ هي رفع للعقد، ورفعه يقتضي الثمن كالثمن فيرجع لكل منهما ما كان يملكه قبل البيع من دون زيادة ولا نقصان، فلو شرط أحدهما في الإقالة خلاف الثمن نحو أن يقبله[7] على أن يحط له من الثمن كذا أو على أن يرد الدراهم بيضاً وقد كان دفعها سوداً، أو صحاحاً، وقد دفعها مكسرة، أو العكس فإن هذا الشرط يلغو، ولا تفسد به الإقالة على ما حصله أبو طالب وغيره للهادي [عليلم][8][9].

---

1 - في المخطوط "استثنى" .

2 - في(ب)"الاحتمالين".

3 - بيان ابن مظفر(٦٦٥/٢) .

4 - نهاية ورقة ٢٤٧ من (أ).

5 - الزيادة من (ب).

6 - في (ب)" فيما هذه الزيادة فيه "بدل ما بين المعقوفتين.

7 - في (ب)"يغلبه " .

8 - الزيادة من (ب) .

9 - الغيث المدرار ج٣(خ).

والقسم بناء على أن الإقالة فسخ لا بيع، وعند م بالله أن هذا الشرط يفسد الإقالة إذ هي [بيع عنده] [١] فلا تعلق بشرط [٢].

قلنا: بل فسخ فيصح ويلغو الشرط لما مر، ولا فرق بين أن يشرط خلاف الثمن في القدر بزيادة أو نقصان، أو في الجنس أو في النوع أو في الصفة.

وفي الإرشاد وشرحه أن الإقالة تفسد بالنقص، أو الزيادة في الثمن مع قولهم بأنها فسخ.

قال في شرحه: لأن الإقالة فسخ والفسخ لا يقتضي عوضاً فيبقى العقد بحاله حتى لو أقاله على أن ينظره بالثمن أو يقبل الصحاح على[٣] المكسرة لم يصح انتهى [٤].

قوله عليلم: " **وَالْفَوَائِدُ لِلْمُشْتَرِي** " يعني [و] [٥] إذا تقايل المتبايعان في المبيع وقد حصلت فيه فوائد كانت تلك الفوائد للمشتري سواء جعلناها فسخاً أم بيعاً، وسواء كانت الفوائد فرعية أم أصلية .

قيل: ولا خلاف في ذلك لأن الإقالة رفع للعقد من حينه فما حدث من الفوايد قبلها فهو حدوث في ملك المشتري فتكون له كما لو رجع المبيع في ملك البايع باينًا بالبيع [٦].

قوله عليلم:" **ويشترط القبول أو ما في حكمه** " أي يشترط الإقالة والفسخ القبول أو ما في حكمه والتصريح بذلك من الزوايد وقد تقدم الكلام عليه في الشرح هذا، وهو يستفاد من مفهوم عبارات الأزهار .

قوله عليلم: " **ولها سائر أحكام له** " يعني أن الإقالة تتفق هي والفسخ في أحكام سبعة:

أولها: أنه لا يعتبر المجلس في الغائب عنه من المتقايلين بل يصح قبوله في غير المجلس فيهما، وأما إذا كان حاضراً في المجلس فقام عنه من دون قبول كان ذلك إعراضا ولا[٧] يصحان.

الثاني: لا تلحقهما الإجازة.

الثالث: أنهما يصحان من المشتري قبل قبضه للمبيع .

الرابع: أنه يصح البيع من المستقيل بعد الإقالة وقبل القبض كذا في الفسخ.

---

1 - في (ب)"عنده بيع "بدل مابين المعقوفتين .
2 - الغيث المدرار ج٣(خ) .
3 - في (ب)"عن " .
4 -شرح الإرشاد (٣١٢/١).
5 - الزيادة من(أ) .
6 - شرح الأزهار - (٣ / ١٧١) .
7 - في(ب)"فلا " .

الخامس: أنهما يصحان مع تعليقهما بالشروط المستقبلة على الصحيح.

السادس: أنه يصح أن يتولى طرفيهما واحد.

السابع: أنه لا يصح الرجوع عنهما قبل قبولهما بخلاف البيع وهذا كله على القول بأن الإقالة فسخ، وهو المذهب على ما خرجه[1] أبو ع وط وهو قول ح و ش وأحد قولي م بالله فيما عدا الشفيع، وعند زيد بن علي والناصر، ورواية عن الحنفية وهو الظاهر من قولي م بالله أنها بيع إلا في صورة سيأتي ذكرها، فإنها فيها [فسخ] [2] [3/] إجماعاً [4]، فعلى قولهم تنعكس الأحكام [السبعة] [5] المذكورة في الإقالة ولا[6] يوافق الفسخ فيها .

قوله عليلم: " **وليس له ساير شروطها غالباً** " أي ليس يعتبر في الفسخ ساير شروط الإقالة، وهي اللفظ وبقاء المتفاسخ فيه وعدم زيادته بل يصح الفسخ بغير لفظه، ويصح مع تلف المبيع ولا تمنع الزيادة من صحته ذكر معنى ذلك في الشرح بخلاف الإقالة كما تقدم.

وقوله: "غالباً "احتراز من بعض أحكام الفسخ فإنه لا يثبت في الإقالة كإبقاء الشفعة فإن الإقالة متى حصلت كان للشفيع أن يشفع المستقبل كما لو اشتراه لأنها في حق الشفيع بمعنى البيع بلا خلاف بين السادة بل لو كان الشفيع قد أبطل حقه من الشفعة عند البيع ثم حصلت الإقالة ثبتت الشفعة على المذهب خلاف ش بخلاف الفسخ، وهذا الاستثناء من قوله "ولها ساير أحكام له"، ويحترز أيضاً من بعض شروط الإقالة، فإنها تشترط في الفسخ وذلك بقاء المتعاقدين فإنه يشترط في الفسخ أيضاً كما في الإقالة، وهذا الاستثناء من قوله، وليس له ساير شروطها، وإنما عدل المؤلف عليلم عن عبارة الأزهار في هذا الباب إلى عبارة الأثمار ليعم شروط الإقالة والفسخ وأحكامهما جميعاً، وإنما أتى المؤلف عليلم بالتنكير في الطرف الأول، وهو قوله "ولها ساير أحكام له" بخلاف الطرف الثاني، وهو قوله "وليس له ساير شروطها" لأن أحكام الفسخ غير مذكورة في المختصر، بخلاف شروط الإقالة فقد ذكرها عليلم في أول الباب فافهم هكذا في شرح الأثمار بلفظه.

---

1 - في(ب)"أخرجه " .
2 - سقط من(أ) .
3 - نهاية ورقة ٢٥٩ من (ب).
4 -الغيث المدرار ج٣(خ)البيان لابن مظفر (ج٦٦٦/٢)و أسنى المطالب في شرح روض الطالب - (٢ / ٧٤)و الاختيار لتعليل المختار - (٢ / ١١).
5 - سقط من(أ) .
6 - في(ب)"فلا " .

تنبيـــــهٌ: قال في الغيث: ما لفظه "واعلم أن أصحابنا قد ذكروا صوراً متفقاً عليها فمنها هذه الصورة، وهي أنها بيع في حق الشفيع فلا يختلف السادة في ذلك، وأنها ليست فسخاً في حقه ومنها أنها فسخ في الصرف والسلم.

قيل: بلا خلاف، وعن ط وأبي بكر الرازي هي فسخ قبل القبض إجماع، ولم يخصا موضعاً دون موضع، وكذا في الإفادة قال لا تصح الإقالة على قول من يقول أنها بيع إلا بعد القبض.

قيل: وفي الشرح عن م بالله أنها بيع، ولو قبل القبض يعني في غير الصرف والسلم، ومنها أن الإقالة في البيع الفاسد فسخ بلا خلاف ذكره في الياقوته انتهى [١].

تنبيـــــهٌ: وجه كونها فسخاً في الصرف والسلم أن جعلها فيهما بيعاً يستلزم بيع المعدوم ولا قائل به فكان[٢] جعلها فسخاً مما لا خلاف فيه ووجه كونها بيعاً في حق الشفيع الإجماع حكاه في البحر حيث قال:" هِيَ بَيْعٌ فِي حَقِّ الشَّفِيعِ إجْمَاعًا"[٣] ، لكن في شرح إرشاد الشافعية أنه لا يتجدد بها شفعة على الأظهر، ولعل الإمام عليلم أراد إجماع أهل البيت عليهم السلام، ووجه كونها فسخاً فيما عدا الشفعة أنها لفظ يقتضي رد المبيع، ولا يصح بها التمليك ابتداء كفسخ المعيب ولصحتها من دون ذكر الثمن لا البيع ذكر معنى ذلك في البحر [٤].

قيل: ويشترط في الإقالة العلم بالثمن فلا تجوز [الإقالة] [٥] عند الجهل به فعلى هذا يستثنى هذا الحكم من أحكام كونها فسخاً والله أعلم [٦].

---

1 -الغيث المدرار ج٣(خ) والياقوتة (خ) .
2 - في(ب)"وكان " .
3 -البحر الزخار (٨ / ٤١٦) .
4 - البحر الزخار (٨ / ٤١٦) .
5 - الزيادة من(أ) .
6 -الغيث المدرار ج٣(خ)بنحوه .

"بـــابُ الْقَرْضِ"

هو في اللغة القطع [١]، وإنما سمي قرضاً لأن المقرض يقرض، أي يقطع للمقترض قطعة من ماله [٢].

قال في الانتصار: وهو من القرب المؤكدة[٣]، وفيه آثار كثيرة، وقد تجب عند الضرورة الشديدة، وفيه كشف كربه وقد قال صلى الله عليه وآله:" من كشف عن مسلم كربة" إلى آخر ما ذكره في الغيث [٤].

ولفظ الحديث [فيما] [٥] أخرجه مسلم وغيره من رواية أبي هريرة عن صلى الله عليه وآله أنه قال: "من نَفَّسَ عن مُؤْمِنٍ كُرْبَةً من كُرَبِ الدُّنْيَا نَفَّسَ الله عنه كُرْبَةً من كُرَبِ يَوْمِ الْقِيَامَةِ وَمَنْ يَسَّرَ على مُعْسِرٍ يَسَّرَ الله عليه في الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَمَنْ سَتَرَ مُسْلِمًا سَتَرَهُ الله في الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَاللَّهُ في عَوْنِ الْعَبْدِ ما كان الْعَبْدُ في عَوْنِ أَخِيهِ "[٦] هذا طرف من الحديث المذكور، وعن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وآله قال:"الْمُسْلِمُ أَخُو الْمُسْلِمِ لَا يَظْلِمُهُ ولا يُسْلِمُهُ وَمَنْ كان في حَاجَةِ أَخِيهِ كان الله في حَاجَتِهِ وَمَنْ فَرَّجَ عن مُسْلِمٍ كُرْبَةً فَرَّجَ الله عنه كُرْبَةً من كُرب يَوْمِ الْقِيَامَةِ وَمَنْ سَتَرَ مُسْلِمًا سَتَرَهُ الله يوم الْقِيَامَةِ "أخرجه أبو داود [٧].

وعن أبي هريرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: " من انظر مُعْسِرًا أو وَضَعَ له أَظَلَّهُ الله يوم الْقِيَامَةِ تَحْتَ ظِلِّ عَرْشِهِ يوم لَا ظِلَّ إلا ظِلُّهُ " أخرجه الترمذي[٨] ولمسلم مثله من رواية أبي اليسر في جملة حديث [٩]، وله عن أبي قتادة سمعت رسول الله صلى

1 - تهذيب اللغة - (٨ / ٢٦٦).
2 - شرح الأزهار - (٣ / ١٧٢) .
3 - في(ب)"المذكورة".
4 -الغيث المدرار ج٣(خ) .
5 - الزيادة من (ب) .
6 - أخرج مسلم في صحيحه -كِتَاب الذِّكْرِ وَالدُّعَاءِ وَالتَّوْبَةِ وَالِاسْتِغْفَارِ -بَاب فَضْلِ الِاجْتِمَاعِ على تِلَاوَةِ الْقُرْآنِ وَعَلَى الذِّكْرِ رقم ٢٦٩٩(ج٤/ص٢٠٧٤). وهو كذا في صحيح البخاري -كِتَاب المظالم -بَاب لَا يَظْلِمُ الْمُسْلِمُ الْمُسْلِمَ ولا يُسْلِمُهُ -رقم٢٣١٠ (ج٢/ص٨٦٢).
7 -في سننه -كِتَاب الْأَدَبِ -بَاب الْمُؤَاخَاةِ –برقم ٤٨٩٣. (ج٤/ص٢٧٣)بل أخرجه البخاري في صحيحه -كِتَاب المظالم -بَاب لَا يَظْلِمُ الْمُسْلِمُ الْمُسْلِمَ ولا يُسْلِمُهُ -برقم٢٣١٠(ج٢/ص٨٦٢).
8 -في سننه -كِتَاب الْبُيُوعِ - بَاب ما جاء في إنظار الْمُعْسِرِ وَالرِّفْقِ بِهِ -برقم١٣٠٦ - قال أبو عِيسَى حَدِيثُ أبي هُرَيْرَةَ حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ غَرِيبٌ من هذا الْوَجْهِ(ج٣/ص٥٩٩).
9 -أخرج مسلم في صحيحه -كِتَاب الزُّهْدِ وَالرَّقَائِقِ -بَاب حديث جَابِرٍ الطَّوِيلِ وَقِصَّةِ أبي الْيَسَرِ -برقم٣٠٠٦. (ج٤/ص٢٣٠١).

الله عليه وآله " من سَرَّهُ أَنْ يُنْجِيَهُ[1] الله من كُرَبِ يَوْمِ الْقِيَامَةِ فَلْيُنَفِّسْ عن مُعْسِرٍ أو يَضَعْ عنه[2]"[3] .

قال في الغيث: "وفي الآثار أن القرض أفضل من الصدقة وإنما كان كذلك لأن الصدقة قد تصادف الحاجة وقد لا تصادف والإنسان لا يسأل للقرض إلا عن حاجة [4].

قال في الغيث: ويستحب للعبد أن يستقرض، وإن كان غنياً عنه ليعزم على قضائه، ويمشي به إلى غريمه إلى آخر ما ذكره [عليلم][5] [6].

قلت : وفي ذلك عن ميمونة[7] زوج النبي صلى الله عليه وآله:" أنها كانت تَدَّانُ وَتُكْثِرُ فقال لها أَهْلُهَا في ذلك وَلَامُوهَا وَوَجَدُوا عليها فقالت لَا أَتْرُكُ الدَّيْنَ وقد سمعت خَلِيلِي وَصَفِيِّي رسول الله صلى الله عليه وآله يقول ما من أَحَدٍ يَدَّانُ دَيْنًا فَعَلِمَ الله أَنَّهُ يُرِيدُ قَضَاءَهُ إلا أَدَّاهُ الله عنه في الدُّنْيَا [والآخرة] [8]" أخرجه النسائي [9].

وعن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وآله قال: "ما من أحد أَخَذَ أَمْوَالَ الناس يُرِيدُ أَدَاءَهَا أداها الله عنه وَمَنْ أَخَذَ أموال الناس يُرِيدُ إِتْلَافَهَا أَتْلَفَهُ الله" أخرجه البخاري [10].

قلت: والتعفف عن ذلك أفضل وأسلم من الخطر لما ورد[11] من التشديد في حق من مات وعليه دين لم يترك له قضاء كحديث أبي موسى أن رسول الله صلى الله عليه وآله: قال" إِنَّ[12] أَعْظَمَ الذُّنُوبِ عِنْدَ اللَّهِ أَنْ يَلْقَاهُ بها عَبْدٌ بَعْدَ الْكَبَائِرِ التي نهى الله عنها أَنْ يَمُوتَ رَجُلٌ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ لَا يَدَعُ[13] له قَضَاءً"

---

1 - في(أ)"يجنبه" .

2 - في المخطوط" له" والصحيح ما أثبته.

3 - أخرج مسلم في صحيحه - كِتَاب الْمُسَاقَاةِ -باب فضل إنظار المعسر -رقم١٥٦٣ (ج٣/ص١١٩٦).

4 -الغيث المدرار ج٣(خ) .

5 - الزيادة من(أ) .

6 -الغيث المدرار ج٣(خ) .

7 -هي أم المؤمنين ميمونة بنت الحارث بن حزن بن بجير الهلالية زوج النبي صلى الله عليه وسلم ، وأخت أم الفضل ، تزوجها أولا مسعود الثقفي قبيل الإسلام ففارقها وتزوجها ابن عبد العزى ففارقها وتزوج بها الرسول صلى الله عليه وسلم ، كانت من سادات النساء ، روت أحاديث عن النبي صلى الله عليه وسلم ، حدث عنها ابن عباس وغيره ماتت في خلافة يزيد سنة إحدى وخمسين -رضي الله عنها- (سير أعلام النبلاء ٣/٣٤٥) .

8 -زيادة من المخطوط و لا توجد في سنن النسائي ولم أعثر عليها في غيره.

9 - أخرجه النسائي في السنن الكبرى-باب التسهيل فيه -رقم٦٢٨٥(ج٤/ص٥٨). والحديث صحيح ينظر "صحيح وضعيف سنن النسائي - (١٠ / ٢٥٨).

10 - أخرجه البخاري في صحيحه -بَاب من أَخَذَ أَمْوَالَ الناس يُرِيدُ أَدَاءَهَا أو إِتْلَافَهَا -رقم٢٢٥٧ بلفظ " من أَخَذَ أَمْوَالَ الناس يُرِيدُ أَدَاءَهَا أَدَّى الله عنه وَمَنْ أَخَذَ يُرِيدُ إِتْلَافَهَا أَتْلَفَهُ الله "(ج٢/ص٨٤١).

11 - في(أ)"روي" .

12 - في المخطوط (من) والصحيح ما أثبته.

13 - في(ب)" يجد "والصحيح ما أثبته.

أخرجه أبو داود [١].

وحديث محمد بن جحش[٢] قال كنا جلوساً عند رسول الله صلى الله عليه وآله فرفع رأسه إلى السماء ثم وضع راحته[٣/]على جبهته ثم قال سبحان الله ماذا أنزل[٤] [الله] [٥] من التشديد فسكتنا وفرغنا[٦] فلما كان من الغد سألته يا رسول الله ما هذا التشديد الذي نزل فقال والذي نفسي بيده لو أنّ رجلاً قتل في سبيل الله ثم أحيي ثم قتل ثم أحيي ثم قتل وعليه دين ما دخل الجنة حتى يقضى عنه دينه " أخرجه النسائي[٧] وله شواهد.

وثبت أنه صلى الله عليه وآله كان لا يصلي على من مات وعليه دين لا قضاء له"[٨] وقد تقدم شيء من ذلك في كتاب الجنائز.

وفي الصحيحين أن رسول الله صلى الله عليه وآله [وسلم] [٩] " قال:"مَطْلُ الْغَنِيِّ ظُلْمٌ"[١٠]، وعن الشريد بن سويد[١١] أن رسول الله صلى الله عليه وآله قال:" لَيُّ الْوَاجِدِ يُحِلُّ عِرْضَهُ وَعُقُوبَتَهُ " أخرجه أبو داود والنسائي، وأخرجه البخاري في ترجمة[١٢] باب واللي المطل[١٣].

ويستحب للمقترض أن يقضي أحسن مما اقترض لما ورد في ذلك كحديث أبي هريرة " قال كان لرجل على رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم سِنٌّ من الْإِبِلِ فَجَاءَهُ يَتَقَاضَاهُ فقال

---

1 -أخرجه أبو داود في سننه - كتاب البيوع -بَاب في التَّشْدِيدِ في الدَّيْنِ -رقم٣٣٤١ (ج٣/ص٢٤٦). والحديث ضعيف .ينظر صحيح وضعيف الجامع الصغير - رقم٣٣١٦ - (٨ / ٢٦٣) .

2 - هو محمد بن عبد الله بن جحش، مديني أسدي له صحبة قتل أبوه بأحد له حديث "الفخذ عورة" التاريخ الكبيرج١/ص١٢).

3 - نهاية ورقة ٢٦٠ من (ب).

4 - في(السنن)" نزّل ".

5 - الزيادة من (أ) .

6 - في(السنن)" فرقنا".

7 - أخرجه النسائي في السنن الكبرى - كتاب البيوع - التغليظ في الدين -رقم٦٢٨١ (ج٤/ص٥٧)وهو حسن كما قال الألباني في (صحيح وضعيف سنن النسائي - رقم٤٦٨٤ (١٠ / ٢٥٦).

8 - أخرجه أبو داود في سننه - كتاب البيوع - بَاب في التَّشْدِيدِ في الدَّيْنِ -رقم٣٣٤٣–(ج٣/ص٢٤٧).قال ابن حبان في صحيحه وكان ذلك في أول الإسلام(ج٧/ص٣٣١). والحديث صحيح ينظر (صحيح وضعيف سنن أبي داود رقم(٣٣٤٣) للألباني.

9 - الزيادة من (ب) .

10 - أخرجه البخاري في صحيحه- كِتَاب الْإِجَارَةِ -بَاب إذا أَحَالَ على مَلِيٍّ فَلَيْسَ له رَدٌّ -رقم٢١٦٧ (ج٢/ص٧٩٩). و مسلم في صحيحه -كِتَاب الْمُسَاقَاةِ -بَاب تَحْرِيمِ مَطْلِ الْغَنِيِّ .....-رقم١٥٦٤ -(ج٣/ص١١٩٧) .

11 -هو الشريد بن سويد الثقفي له صحبة أردفه النبي (صلى الله عليه وسلم) وراءه واستنشده من شعر أمية بن أبي الصلت. ينظر تكملة الإكمال - (٣ / ٢٥٦).

12 - في (ب)"شرحه" .

13 - أخرجه البخاري في صحيحه -كِتَاب الِاسْتِقْرَاضِ وَأَدَاءِ الدُّيُونِ وَالْحَجْرِ وَالتَّفْلِيسِ -بَاب لِصَاحِبِ الْحَقِّ مَقَالٌ وَيُذْكَرُ عن النبي صلى الله عليه وسلم لَيُّ الْوَاجِدِ يُحِلُّ عُقُوبَتَهُ وَعِرْضَهُ قال سُفْيَانُ عِرْضُهُ يقول مَطَلْتَنِي وَعُقُوبَتُهُ الْحَبْسُ. (ج٢/ص٨٤٥) وأبو داود في سننه -كِتَاب الْأَقْضِيَةِ -بَاب في الْحَبْسِ في الدَّيْنِ وَغَيْرِهِ -رقم٣٦٢٨ (ج٣/ص٣١٣). و النسائي في السنن الكبرى - كتاب البيوع –مطل الغني -رقم٦٢٨٨ (ج٤/ص٥٩).

أَعْطُوهُ فَطَلَبُوا سِنَّهُ فلم يَجِدُوا له إلا سِنًّا فَوْقَهَا فقال أَعْطُوهُ فقال أَوْفَيْتَنِي أَوْفَى الله [بِكَ][1] فقال صلى الله عليه وآله " إِنَّ خِيَارَكُمْ أَحْسَنُكُمْ قَضَاءً" أخرجه البخاري ومسلم والترمذي وفي معناه أحاديث أخر [2].

قوله عليلم: " **إِنَّمَا يَصِحُّ فِي مِثْلِيٍّ أَوْ قِيَمِيٍّ قل تفاوته بنحو عقد كالبيع غالباً** "يعني أن العوض الشرعي إنما يصح في المثليات كالحبوب والادهان والذهب والفضة اللذين ليسا مصنوعين صنعة يعظم التفاوت فيها مع ضبط [المكيل بالكيل والموزون بالوزن] [3] أو في القيميات التي نقل التفاوت فيها [لإمكان ضبطها بالوزن وليس لها من الصفات ما يعظم التفاوت][4] لأجلها فيصح في الخشب والرياحين والحطب والقصب ونحوها، ولا يصح فيما يكثر التفاوت فيه كالحيوانات والجواهر واللئالئ[5] والفصوص والجلود، و المصنوعات صنعة لأجلها بعظم التفاوت فيصعب الضبط، وأما ما[6] كان صنعته [ستره ولا يخرج بها عن الضبط كالدراهم و الدنانير والأجر، وكذا الثياب، والبسط المصنوعة] [7] صنعة [بليغة] [8] لا يعظم التفاوت فيها بأن لا يكون فيها نقش بليغ ولا صفاقة[9] بليغة، فأما ما كان كذلك فلا يصح قرضه لعدم الصياغة [10]، وعلى هذا الحمل قول أهل المذهب في السلم أنه يصح في الثياب والبسط [على أنهم] [11] يعنون [به] [12] حيث تكون مصنوعة صنعة يعظم التفاوت فيها ذكر معناه في الغيث [13].

---

1 - سقط من المخطوط.

2 - أخرجه البخاري في صحيحه - كِتَاب الْوَكَالَةِ - بَاب وَكَالَةُ الشَّاهِدِ وَالْغَائِبِ جَائِزَةٌ وَكَتَبَ عبد اللَّهِ بن عَمْرٍو إلى قَهْرَمَانِهِ وهو غَائِبٌ عنه أَنْ يُزَكِّيَ عن أَهْلِهِ الصَّغِيرِ وَالْكَبِيرِ -رقم٢١٨٢ (ج٢/ص٨٠٩). و مسلم في صحيحه - كِتَاب الْمُسَاقَاةِ -بَاب من اسْتَسْلَفَ شيئا فَقَضَى خَيْرًا منه وَخَيْرُكُمْ أَحْسَنُكُمْ قَضَاءً -رقم١٦٠١ (ج٣/ص١٢٢٥). و الترمذي في سننه - كِتَاب الْبُيُوعِ -بَاب ما جاء في اسْتِقْرَاضِ الْبَعِيرِ أو الشَّيْءِ من الْحَيَوَانِ أو السِّنِّ -قال أبو عِيسَى: وَالْعَمَلُ على هذا عِنْدَ بَعْضِ أَهْلِ الْعِلْمِ لم يَرَوْا بِاسْتِقْرَاضِ السِّنِّ بَأْسًا من الْإِبِلِ وهو قَوْلُ الشَّافِعِيِّ وَأَحْمَدَ وإسحاق وَكَرِهَ بَعْضُهُمْ ذلك -رقم١٣١٧ (ج٣/ص٦٠٨).

3 - في (ب)" المكيل والموزون بالكيل والوزن " بدل مابين المعقوفتين.

4 - سقط من (ب) .

5 - في (ب) " واللالي " ويستحسن كتابة الكلمة "بــ" اللالئ" .

6 - في (ب)"إذا".

7 - سقط من (ب).

8 - الزيادة من (ب).

9 - في (ب)"صياغة ".

10 - في (ب)"الضابط ".

11 - سقط من (أ).

12 - الزيادة من (ب).

13 -الغيث المدرار ج٣(خ) .

فــــــرع: والقول بعدم صحة قرض الحيوان هو مذهب القاسمية والحنفية، وعن الباقر و[الصادق] [1] والناصر و ك والإمام ح وش وهو مروي عن القاسم وم بالله أن ذلك يصح[2].

[و] [3] قال داود[4] وابن جرير[5] والمزني: يصح مطلقاً حتى في الإماء للوطء كما يصح جعل الأمة مهراً [6]، وعن ش وأصحابه و ك يجوز فيمن يحرم وطؤها على المستقرض لا على من يحل إذ عقده جائز غير لازم فأشبه العارية، وقيل: [بل] [7] يصح مطلقاً، ولا يحل به الوطء قياساً على قرض سائر الحيوان [8]، واستدلوا على جواز قرض الحيوان بأحاديث وردت في ذلك تقدم بعضها، وعن أبي رَافِعٍ قال استلف رسول الله صلى الله عليه وآله بَكْرًا فجاءته إِبِلِ الصَّدَقَةِ فأمرني رسول الله صلى الله عليه وآله أن أعطى الرجل بكرة[9] فقلت ما أجد إلا جملاً خياراً رباعياً فقال رسول الله صلى الله عليه وآله أعطوه إياه فإن خِيَارَ الناس أَحْسَنُهُمْ قَضَاءً" أخرجه مسلم والموطأ وأبو داود والترمذي والنسائي وفي معناه غيره [10].

قلنا: الواجب في القرض رد المثل، ولا يتحقق ذلك في الحيوان لعظم تفاوته وما ورد في ذلك محمولٌ[11] على أنه قضاء عن القيمة بالتراضي إذ الواجب في القيمي حيث أستهلك قيمته.

وقوله عليلم: " بنحو عقد" معناه أن[12] القرض إنما يصح بنحو ما تقدم في البيع من الإيجاب والقبول بلفظ يفيده عرفاً مع المطابقة في مالين معلومين يصح تملكهما أو نحو ذلك

---

1 - سقط من (ب).

2 - الغيث المدرار ج٣(خ)و شرح الأزهار - (٣ / ١٧٦)و البحر الرائق - (٧ / ٢٨٢)و الحاوي الكبير ـ للماوردي - (٣ / ٣٤٥) .

3 - الزيادة من (أ).

4 - هو دَاوُدُ بْنُ عَلِيٍّ الأصبهانى إمام أهل الظاهر وقد سبقت ترجمته .

5 - هوَ ابْنُ جَرِيرٍ الطَّبَرِيّ وقد سبقت ترجمته.

6 - المجموع - (١٣ / ١٦٩)، (١٣ / ١٦٦)والبحر الزخار - (٩ / ٢١).

7 - الزيادة من (أ).

8 - المجموع - (١٣ / ١٦٦).وحاشية قليوبي على شرح جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين لشهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي - (٢ / ٣٢٢) - دار الفكر - ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م-لبنان / بيروت .

9 - البكر: الفتى من الإبل، والأنثى بكرة، والجمع بكار. الصحاح للجوهري (٣ / ١٥٨).

10 - أخرجه مسلم في صحيحه - كتَاب الْمُسَاقَاةِ -بَاب من اسْتَسْلَفَ شيئا فَقَضَى خَيْرًا منه وَخَيْرُكُمْ أَحْسَنُكُمْ قَضَاءً -رقم١٦٠٠ (ج٣/ص١٢٢٤). و أبو داود في سننه - كتاب البيوع -بَاب في حُسْنِ الْقَضَاءِ -رقم٣٣٤٦ (ج٣/ص٢٤٧).و الترمذي في سننه - كتَاب الْبُيُوعِ - بَاب ما جاء في اسْتِقْرَاضِ الْبَعِيرِ أو الشَّيْءِ من الْحَيَوَانِ أو السِّنِّ -رقم ١٣١٨ (ج٣/ص٦٠٩).و النسائي في السنن الكبرى- كتاب البيوع -استسلاف الحيوان واستقراضه -رقم٦٢١٠ (ج٤/ص٤٠). و مالك في الموطأ - كتاب البيوع -باب ما يَجُوزُ مِنَ السَّلَفِ -رقم١٣٥٩ (ج٢/ص٦٨٠).

11 - نهاية ورقة ٢٤٩ من (أ).

12 - في (ب)"إنما".

مما تقدم ذكره، وأراد بنحو العقد القبض بعد الإيجاب، وقد أشار إلى اعتبار ذلك في البحر حيث قال:" فَصْلٌ وَصِيَغتهُ أَقْرَضْتُك أَوْ أَعْطَيْتُك أَوْ خُذْ هَذَا بِمِثْلِه أَوْ قَرْضًا وَفِي اعْتِبَارِ الْقَبُولِ وَجْهَانِ الإمام ح أَصَحُّهُمَا لَا يَفْتَقِرُ كَالْإِذْنِ بِالْإِتْلَافِ، إذْ لَيْسَ مُعَاوَضَةً مَحْضَةً، وَقِيلَ:[بل][1] يَفْتَقِرُ كَالْمُعَاوَضَةِ، إذْ يُمَلِّكُ بِالْقَبْضِ كَالْمَبِيعِ"[2]، وذكر اعتبار نحو العقد من الزوائد.

وقوله:" غالباً " احتراز من بعض القيميات فإنه لا يصح قرضها وإن قل تفاوتها وذلك ما لا يمكن كغير المنقولات من الدور الأراضي التي يقل فيها التفاوت، وهذا الاستثناء من قوله أو قيمي قل تفاوته، ويحترز أيضاً من بعض أركان عقد البيع فإنه لا يعتبر هنا كاللفظين إذ القرض يصح بما يفيده عرفاً، وإن لم يحصل اللفظان كلاهما، وهذا الاستثناء من قوله "بنحو عقد كالبيع" هكذا نحوه في الشرح [3].

وحذف قوله في الأزهار "غَيْرَ مَشْرُوطٍ "[4] بما يقتضي الربا وإلا فسد لدخول معنى ذلك في الفصل الآتي قريباً إن شاء الله تعالى .

---

1 - الزيادة من (أ).
2 - البحر الزخار - (٩ / ١٤) .
3 - الجامع في الشرح(خ) .
4 - الأزهار - (١ / ١٠٦).

"فَصْـــــلٌ"

[أحكام القرض]

ويَمْلِكُ بِالْقَبْضِ فَيَجِبُ رَدُّ مِثْلِهِ ولا يدخله التأجيل ككُلِّ دَيْنٍ لَمْ يَلْزَمْه بِعَقْدٍ ومختله كالبيع غَالِبًا " هذه أحكام القرض وهي خمسة أولها أنه يملك بالقبض بعد العقد أو نحوه، ولا يملك بمجرد اللفظ بخلاف البيع فإنه يملك بمجرد العقد.

قال ط: المستقرض يملك القرض إذا قبضه على أصل يحيى عليلم وهو قول بعض أصحاب ش، ومنهم من قال لا يملك بالقبض أيضاً حتى يتصرف فيه ضرباً من التصرف أو يخرجه عن يده [١].

قال في الغيث:" وبعض هو لا يقول لا يكفي التصرف بالإجازة والرهن، واختلف الذين قالوا يملك بالقبض من أصحاب ش، فمنهم من قال إذا ملكه بالقبض لم يكن لمالكه ارتجاعه كقولنا، ومنهم من قال له ارتجاعه ما لم يخرجه المستقرض عن ملكه انتهى [٢].

وكأن هؤلاء يقولون إن ملكه غير مستقر كالمبيع[٣] بخيار للبائع وثاني الأحكام المذكورة أنه يجب على المستقرض رد مثل ما أقترضه قدراً أو جنساً و[٤] نوعاً وصفة لا فوقه ولا دونه.

قال في الغيث: "وقال أصحابنا: ولو أن رجلاً استقرض[٥] من رجل دراهم والصرف على عشرين درهماً بدينار ثم تزايد سعر الدنانير أو تناقص أو كان على حاله كان[/٦] عليه دراهم مثل دراهمه ومن نقدها [سواء] [٧]، وكذلك القول في استقراض الطعام وغيره مما يكال أو يوزن على أصل يحيى عليلم انتهى [٨].

وثالثها: أنه لا يدخله تأجيل أي لا يصح فيه الإنظار فلو قال المقرض للمستقرض قد أنظرتك شهراً أو نحو ذلك لم يلزمه ذلك كما في كل دين لم يلزم[٩] بعقد كأروش الجنايات، وقيم المتلفات هذا هو المذهب وهو قول ح،

---

1 - المجموع - (١٣ / ١٦٦) والغيث المدرار ج٣(خ) .
2 -الغيث المدرار ج٣(خ) .
3 - في (ب)"كالبيع ".
4 - في (ب)" أو"
5 - في (ب)" اقترض"
6 - نهاية ورقة ٢٦١ من (ب).
7 - الزيادة من (ب).
8 -الغيث المدرار ج٣(خ) .
9 - في (ب)"يلزمه ".

وأحد قولي ع [١].

وقال ك وأبو طالب: في التذكرة والشرح بل يصح ويلزم [٢].

فال أبو جعفر: وكذا الخلاف في الديون التي لم تلزم بعقد [٣].

قال في الغيث: واعلم أنه لا فرق بين أن ينظره عند عقد القرض أو بعده، فإن فيه هذا الخلاف، ذكر ذلك في الشرح، وذكر في موضع آخر منه أنه إن أنظره حال الإقراض لم يصح إجماعاً وإنما الخلاف إذا أنظره بعد القرض انتهى [٤].

ورابعها: أن مختله كمختل البيع سواء من أنه إذا[٥] اقتضى الربا فباطل حرام وإلا ففاسد كما تقدم .

وقوله: "غالباً" احتراز مما لو اقترض بغير لفظ بل معاطاه فإنه يملك[٦] بالقبض[بخلاف البيع وذلك كالهدية حيث يكون كالقرض والعارية حيث يكون كذلك كعارية النقد للاستهلاك][٧] ونحوها[٨]، فإن هذه الأشياء قرض مختل على ما قد بنى عليه المؤلف [عليلم][٩] ولم يكن كمختل البيع بل له حكم القرض الصحيح وهذا مزيد من المؤلف عليلم والاحتراز في الأثمار بقوله غالباً خلاف ما أحترز به عنه في الأزهار إذا احترز به هناك عن عدم صحة عتق العبد حيث [قال] [١٠] اقترضه مقترض فاعتقه، وهو مبني على صحة دعوى الإجماع على عدم صحة عتقه، والصحيح خلاف ذلك وإنما عدل عن قوله في الأزهار" وفَاسِدَهُ كَفَاسِدِ الْبَيْعِ "[١١]إلى قوله "ومختله كالبيع" ليدخل في ذلك ما هو كالبيع الباطل الحرام وغيره وما هو كالبيع الفاسد وإنما حذف قوله في الأزهار" إلى مَوْضِعِ الْقَرْضِ"[١٢]، وهو الحكم الخامس من أحكام القرض لفهمه مما[١٣] سيأتي في الفصل الرابع.

---

1 - البيان لابن مظفر (ج٢/٦٦٩) .
2 - التذكرة(ص ٣٧٤) والجامع في الشرح(خ) .
3 -الغيث المدرار ج٣(خ) .
4 - المرجع السابق.
5 - في (ب)"إن ".
6 - في (ب)"يملكه ".
7 - سقط من (ب).
8 - في (ب)"ونحو ذلك ".
9 - الزيادة من (ب).
10 - الزيادة من (ب).
11 -الأزهار - (١ / ١٠٦).
12 - المرجع السابق.
13 - في (ب)"كما ".

تنبيـــــهٌ: قد اختلف المذاكرون في القرض الفاسد لأمر مختلف فيه كقرض الحيوان والأواني ونحوهما، هل تملك بالقبض كفاسد البيع وتنفذ فيه تصرفات المقترض بعد القبض؟

فقال أبو مضر: لا، وهو قول الوافي وض زيد وض جعفر، ففرقوا بينه وبين البيع الفاسد في هذا الحكم، وقال ابن أبي الفوارس: في مسألة الأواني تملك وقواه الفقيه ح للمذهب، وقد حكى نحوه للمص بالله[1] وهو الذي بنى عليه في الأزهار والأثمار [2].

[وقال أبو مضر][3]:فيمن اقترض عبداً فاعتقه [أن عتقه] [4] لا يصح إجماعاً بناء منه على قوله أن القرض الفاسد لا يملك بالقبض،[5] وفي دعواه الإجماع ضعف لما تقدم من قول القائلين بصحة قرض الحيوان[6]، ومن قال أنه يملك بالقبض قال بصحة عتقه بعد قبضه أيضا، وحذف [المؤلف] [7]عليلم ذكر السفتجة وأحكامها.

قال في الشرح: لأن ما ذكره من الأمانة في المقبوض والضمانة[8] في المستهلك لا يختص بباب القرض بل ذلك معروف من غيره، وكذا ما ذكر فيها من الجواز مع عدم الشرط [وعدم الجواز مع الشرط] [9] قد عرف من قوله "ومختله كمختل البيع" فافهم انتهى[10].

وهو كما[11] ذكر لكن ليس كل واحد يهتدي[12] إلى ذلك فلا بأس بأن يذكر في الشرح ما ذكره في الغيث لمزيد الفائدة.

قال فيه على قوله في الأزهار" وَمُقْبِضُ السَّفْتَجَةِ أَمِينٌ فِيمَا قَبَضَ ضَمِينٌ فِيمَا اسْتَهْلَكَ"[13].

اعــلم أن

---

1 - في (ب)"عن المنصور بالله ".
2 - شرح الأزهار - (٣ / ١٧٦) .
3 -سقط من (ب).
4 - الزيادة من (ب).
5 - شرح الأزهار - (٣ / ١٧٦) .
6 - في (ب)"الحيوانات ".
7 - الزيادة من (ب).
8 - في (ب)"الضمان ".
9 - الزيادة من (أ).
10 - الجامع في الشرح (خ).
11 - في (ب)"ما ".
12 - في (ب)"مهدي ".
13 - الأزهار - (١ / ١٠٦).

السفتجة[١] الرقعة التي يكتب فيها في لغة الحبشة، وصورة المسألة[٢] التي أراداها في الأزهار أن يحتاج الرجل في بعض المواضع إلى مال وعنده مال لغيره فيأذن له بالاقتراض من تلك الأمانة ثم يطلب منه أن يقضيه[٣] من ماله في بلد آخر فيكتب له كتاباً ولم يكن مضمراً لذلك عند القرض.

قال فهذا معنى قولنا "أَمِينٌ فِيمَا قَبَضَ ضَمِينٌ فِيمَا اسْتَهْلَكَ"[٤] أي هذا الذي قبض المال وأعطى صاحبه السفتجة حين قبض المال فهو أمين، وحين اقترضه بعد ذلك واستهلكه صار أميناً[٥] وقبض المال على سبيل الأمانة ثم استهلاكه بينة القرض والقضاء من البلد الآخر[/٦] كلاهما جائز، وهذا هو الذي قصده القاسم عليلم بقوله "وقد جوز الناس ذلك فيما بينهم وتساهلوه" [٧].

وقوله:" **إِلَّا بِالشَّرْطِ**" معناه إلا أن يقرضه بشرط أن يقضيه في البلد الآخر فإن شرط ذلك لم يجز.

قال ط : إذا قال صاحب الدراهم أقرضتك على شرط أن ترد علي في بلد كذا، وكتب له بها، فلا تبعد على أصلنا ما قاله أص ش من أنه لا يجوز، لأنه قرضٌ جر نفعاً من حيث أنه استفاد به الأمن وسقوط المؤن [٨].

قال عليلم قلت: وكذلك لو أضمر هذا الشرط ولم ينطقا به فالذي يقتضيه أصول الهادوية أنه لا يجوز، وإن احتمل كلام ط أنه لا تأثير للإضمار هنا انتهى باختصار[٩] .

---

1 -السفتجة: فارسية معربة وأصلها الكتاب الذي يرسله المقترض لوكيله ببلد، ليدفع للمقرض نظير ما أخذه منه ببلده، ليستفيد به المقرض سقوط خطر الطريق. وهو ما تفعله البنوك اليوم، وفي جوازها وحرمتها كلام كثير. القاموس الفقهي - (١ / ١٧٣)بتصرف .

2 - في (أ)"المسيلة " وفي (ب)"المسلة".

3 - في (أ)"يقيضه " وما أثبته أولى.

4 - الأزهار - (١ / ١٠٦).

5 - في (ب)"ضميناً ".

6 - نهاية ورقة ٢٥٠ من (أ).

7 - كتاب التحرير - (١ / ٤٣٤).

8 - الغيث المدرار ج٣(خ) والمجموع - (١٣ / ١٧٢).والحاوي الكبير للماوردي - (٦ / ١٠٣٢) .

9 - شرح الأزهار - (٣ / ١٧٧) .

[فَصْــــــلٌ] [1]

"**ولا منع ولا استيفاء إِلَّا بِحُكْمٍ** [غالباً] [2] "المعنى أنه من كان له على الغير دينٌ أو هو غاصب عليه شيئاً فإنه لا يجوز له أن يمنع ذلك لغير مما هو [عليه له] [3] أو عنده من دين أو غيره إذا تمكن من ذلك، ولا إن يأخذ من مال ذلك الغير قدر[4] ما عليه ذكره ط وع على أصل الهادي عليلم لنصه فيمن سرق من مال غريمه قدر حقه أنه[5] يقطع [6].

وقوله "إِلَّا بِحُكْمٍ" معناه إلا أن يفعل المبيع أو الاستيفاء بأمر الحاكم فإن ذلك يجوز لأن للحاكم ولاية .

قال في الغيث: واعلم أن المسألة على وجوه ثلاثة :

الأول: أن يكون الغريم غير متمرد فلا يجوز ذلك بالإجماع.

الثاني: أن يكون بأمر الحاكم فيجوز بالإجماع ذكره أبو مضر.

الثالث: أن يكون متمرداً ولم يأمره الحاكم ففيه ثلاثة أقوال:

الأول: [قول] [7] الهادي عليلم أن ذلك لا يجوز مطلقاً لقوله تعالى: **(**وَلاَ تَأْكُلُواْ أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ **)** "[8]،وقوله صلى الله عليه وآله " لَا يَحِلُّ مالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِطِيبَةٍ مِنْ نَفْسِهِ"[9] وقوله صلى الله عليه وآله: " ولا تَخُنْ من خَانَكَ "[10] .

الثاني : للم بالله وح: أن له أن يأخذ من جنس ماله لقوله تعالى:**(** فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ**)** [11] فاعتبر المثلية [12].

الثالث للمص بالله والأظهر من قولي ش أنه يجوز من الجنس وغير الجنس لقوله تعالى:"

---

1 - سقط من (ب).
2 - سقط من (ب).
3 - في (ب)"له عليه "بدل مابين المعقوفتين.
4 - في (ب)" بقدر".
5 - في (ب)" أن".
6 - الغيث ال١٨٨.(خ) .
7 - سقط من (ب).
8 - البقرة:١٨٨ .
9 - سبق تخريجه صـــ٤١٦ .
10 - أخرجه أبو داود في سننه -كتاب الْإِجَارَةِ -بَاب فِي الرَّجُلِ يَأْخُذُ حَقَّهُ من تَحْتَ يَدِه -رقم٣٥٣٤ (ج٣/ص٢٩٠). والترمذي في سننه -كِتَاب الْبُيُوعِ -باب-رقم١٢٦٤ قال أبو عِيسَى: هذا حَدِيثٌ حَسَنٌ غَرِيبٌ(ج٣/ص٥٦٤). وصححه الألباني في صحيح وضعيف سنن الترمذي - رقم١٢٦٤(٣ / ٢٦٤).
11 - البقرة:١٩٤.
12 - العناية شرح الهداية - (٧ / ٤٠٣) .

﴿ وَجَزَاء سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا﴾[١]، والعقاب ليس من جنس المعصية لكن قال أص ش: لا يملكه بمجرد الأخذ [بل يبيعه الحاكم] [٢] على قول [أو يبيعه الآخر على قول] [٣] فيملك عنه وأما إذا أمكنه المخاصمة[٤] لم يجز ذلك اتفاقاً إلا أن يعرف[٥/] أن المحاكمة تثير فتنة كان كما لو لم يتمكن وقوله[٦] "غَالِبًا " احتراز من الأجير فإن له جنس العين التي استؤجر على العمل فيها إلى أن يستوفي أجرته، وكذلك البائع له حبس المبيع قبل تسليمه حتى يستوفي الثمن إذا لم يكن مؤجلاً أو نحوهما[٧] .

قوله عليلم: " **وَكُلُّ دَيْنَيْنِ اسْتَوَيَا جنساً وصفة ساقطا** " فإذا كان لشخص على آخر عشرة دراهم مثلاً فثبت له على غريمه مثلها في الجنس والصفة تساقط الدينان، ويرى كل واحد من الغريمين وإن لم يتراضيا بذلك ذكره أبو مضر للهادي عليلم [٨].

قيل ي: وهو قول[أكثر العلماء] [٩] وعن الناصر وابن أبي ليلى أنهما لا يتقاضيان وإن اتفقا في جميع الوجوه [١٠].

قوله عليلم: " **والفلوس كالنقدين غالباً** " يعني أن حكم الفلوس حكم المثليات في الثبوت في الذمة والتقابض لإمكان ضبطها بالوزن والصفة، وقد اختلف في ذلك فمذهب ش وأبي يوسف ومحمد أنها من ذوات الأمثال، ولا يضر اختلافها اليسير لأن ذوات الأمثال كذلك[١١].

قيل ح: وهو المذهب [١٢].

قيل ع: وهو قول ط حيث أجاز الشركة فيها، وقال ص بالله بل من القيمات ومثله الكافي[١٣].

---

1 - الشورى: ٤٠.
2 - سقط من (ب).
3 - سقط من (ب).
4 - في (ب)" المحاكمة".
5 - نهاية ورقة ٢٦٢ من (ب).
6 - في (ب)"فقوله ".
7 -الغيث المدرار ج٣(خ). و شرح الأزهار - (٣ / ١٧٧) .
8 - شرح الأزهار - (٣ / ١٧٨) .
9 - في (ب)" الأكثر"بدل مابين المعقوفتين.
10 - شرح الأزهار - (٣ / ١٧٨) .
11 - حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب(٢ / ٣٥٤).و المحيط البرهاني (٧ / ٢٨٨).و رد المحتار (٢٠ / ٤٥٢) .
12 - شرح الأزهار - (٣ / ١٧٨) .
13 - المرجع السابق.

[قال الفقيه ع] [١]: وهو قول أبي العباس حيث منع الشركة فيها وهو قول ح [٢].

قال في الغيث: وهذا هو الذي اخترناه أعني أنها قيمة لكن يصح قرضها لإمكان ضبطها بالوزن والصفة، ويرد مثلها ولا تصح الشركة فيها كما سيأتي لأن الشركة لا تصح في القيميات [انتهى] [٣] [٤].

وقوله: "غالباً" احتراز من الشركة فيها والشراء بها على الذمة كما تقدم فإنها ليست كالنقدين فيهما .

---

1 - في (ب)"قيل ع "بدل ما بين المعقوفتين.

2 - المرجع السابق.

3 - الزيادة من (أ).

4 - الغيث المدرار ج٣(خ) .

"فصــــــل"

"كلما يجب رده أو تسليمه على من هو عليه أو عنده وجب التمكين منه في مَوْضِعِ الِابْتِدَاءِ كالثمانية غَالِبًا "هذه العبارة فيها لف ونشر أي كل شيء يجب رده على من هو عليه أو يجب تسليمه على من هو[عنده] [1] فإنه يجب على من هو عليه أو عنده تمكين صاحبه منه في موضع ابتداء قبضه وذلك كالثمانية الأشياء التي هي القرض، والحق المعجل والمؤجل أي الدين الثابت بعقد والرهن والغصب، وإن لم يكن لحمله مؤنة على الصحيح كما هو ظاهر الأثمار وأصله، والمستأجر والمستعار والكفالة بالوجه فهذه الثمانية يجب تأديتها إلى موضع ابتدأ قبضها ونحوه لأنه يجب على من هي عليه أو عنده أن يردها كما أخذها ولا يتم ذلك إلا إذا ردها إلى[2] موضع ابتدأ قبضه ونحوه إلا برضا من هي له .

والدليل على ذلك قوله صلى الله عليه وآله:" على اليد ما أخذت حتى ترد[3]"أخرجه أبو داود والترمذي[4] وفي معناه حديث آخر، فدل ظاهره على أن من أخذ شيئاً من قرض، أو غصب، أو مستأجر، أو [أو مستعار] [5] أو رهن أنه يجب عليه رده بخلاف الوديعة ونحوها فإن الوديع ليس يأخذها حتى يلزمه ردها، وإنما هي متروكة عنده كما سيأتي تحقيق ذلك إن شاء الله تعالى .

وأما المبيع المعيب فإنما لم يجب رده إلى موضع العقد لأن رده حق للمشتري فله أن يطالب بحقه في أي موضع .

وقوله: "غالباً "احتراز من كفيل الوجه فإنه إذا سلمه حيث يمكن خصمه الاستيفاء منه برئ من الكفالة وإن لم يكن موضع الابتدا لأنه قد أتى بالمقصود بالكفالة[6] من غير نقصان ويحترز من المحجور عليه المفلس فإنه لا يجب عليه الإيصال إلى موضع الابتدا بل يقصده الغرماء إلى موضعه لأن قصدهم إلى مواضعهم يضر بكسبه كما سيأتي .

قوله عليلم: " **وإلا فَحَيْثُ أَمْكَنَ**" أي وإن لم يكن مما يجب رده أو تسليمه إلى موضع الابتدا كالمعيب والوديعة، والمستأجر عليه وكل دين لم يلزم بعقد والقصاص فيجب تأديتها إلى أي موضع أمكن فيه ذلك، أما المعيب والوديعة والمستأجر عليه فلأنها أمانة فلا يجب على من هي عنده ردها، وإنما الواجب تسليمها متى طولب بها إذ لا دليل على وجوب

---

1 - في (ب)"عليه أو عنده ".
2 - في (ب)"في ".
3 - في (ب)"تؤديه ".
4 -سبق تخريجه صـــــ٦٧١ .
5 - الزيادة من (أ).
6 - في (ب)"من الكفالة ".

ردها بخلاف الثمانية المتقدمة، وأما الدين الذي لم يلزم بعقد فلأنه لا موضع له معين فيلزم تسليمه إليه، ولا يقال هلا وجب تسليم أرش الجناية إلى موضعها لأن موضع الجناية لا يتعلق به عوض[1] يتعين تسليمها إليه في أغلب الأحوال ولا حكم للنادر فلم يجب الرد إليه بخلاف مواضع العقود فإن الأعراض تتعلق بالرد إليها في الأغلب، وأما القصاص فهو كالدين الذي لم[2/] بعقد وتعليلهما واحد .

قوله عليلم: " **وَيَجِبُ قَبْضُ كُلِّ نحو مُعَجَّلٍ مُسَاوٍ أَوْ زَائِد صفة**" فإذا طلب من عليه الحق تعجيل ما عليه لزم المستحق قبضه، أو ما يقوم مقام قبضه لتبرأ ذمة من هو عليه، فإن امتنع من ذلك وخلا الغريم بينه وبينه، فقال م بالله في أحد قوليه: أنه يبرأ ورجحه الأستاذ، وهو الذي بنى عليه المؤلف عليلم فيما تقدم، وظاهر قول ع أنه لا يبرأ، ورجحه أبو مضر وهكذا الكلام في المغصوب لكن رجح فيه أبو مضر أنه يبرأ [3]، وأراد المؤلف [عليلم][4] "بنحو المعجل" المعيب والسلم فيه، والوديعة والعين المؤجرة والمغصوبة، وغير ذلك من سائر الأشياء التي تقدمت فإنه يجب قبضها، أو ما يقوم مقام القبض ليبرأ منها من هي في يده ولأجل الفسخ في العيب ونحو ذلك، وإنما هي عبر عن هذه الأشياء بلفظ نحو لأن إطلاق اسم التعجيل عليها غير ظاهر لكونها عين الحق، وليست في ذمة من هي عنده، وإنما يجب القبض المذكور بشرط أن يكون المعجل، ونحوه مساوياً للحق أو زائداً عليه في الصفة، فأما لو كان ناقصاً قدراً[أو جنساً] [5]، أو صفة أو زائد قدراً لم يلزمه قبضه، أما الناقص فواضح، وأما الزائد في المقدار فلأنه لا يلزمه الدخول تحت منة الغير بخلاف الزائد في الصفة فيلزمه قبضه لأن المنة فيه غير معتد بها، [6/] وأما الزائد في النوع فلا يلزمه قبوله ذكره ص بالله، وابن أبي الفوارس ولأصحاب ش قولان هل يخير أو لا [7] ؟

فائـــــدة: قيل وأجرة النقاد، والكيّال عند القرض على المقرض وعند القضاء على المقترض والوجه واضح [8].

قوله عليلم: " **وَيَصِحُّ بِشَرْطِ نحو حَطِّ الْبَعْضِ**" أي يصح ممن عليه دين مؤجل أن يعجله لصاحبه بشرط أن يحط عنه بعض ذلك الدين ذكره ع للمذهب، وهو قول ش وقديم قولي

---

1 - في (أ)"عرض".
2 - نهاية ورقة ٢٥١ من (أ).
3 - شرح أبي مضر (خ) .
4 - الزيادة من (أ).
5 - الزيادة من (أ).
6 - نهاية ورقة ٢٦٣ من (ب).
7 - الغيث المدرار ج٣(خ)و المجموع - (١٣ / ١٧٠) .
8 - شرح الأزهار - (٣ / ١٨٠)والبيان لابن مظفر (٦٦٩/٢) .

أبي يوسف، وقال ط و ح ومحمد و[هو] (١) أخير قولي أبي يوسف لا يصح (٢)، وعن ابن عمر و زيد بن ثابت أنهما كرها ذلك (٣)، [و] (٤) روي في الموطأ عن سالم أن ابن عمر سُئِلَ عَنِ الرَّجُلِ يَكُونُ له على الرَّجُلِ الدَّيْن إلى أَجَلٍ(٥) فَيَضَعُ عنه صَاحِبُ الْحَقِّ ليعجل الدين الذي عليه فَكَرِهَ ذلك ابن عمر ونهى عنه(٦)، وفيه عن عبيد بن أبي صالح(٧) قال: بِعْتُ بَزًّا لي من أَهْلِ دَارِ نَخْلَةَ إلى أَجَلٍ فأَرَدْتُ الْخُرُوجَ إلى الْكُوفَةِ فَعَرَضُوا علي أن أَضَعَ عَنْهُمْ وأن يَنْقُدُونِي فَسَأَلْتُ زَيْدَ بن ثَابِتٍ فقال لاَ آمُرُكَ أن [تفعل هذا] (٨) ولا أن تَأْكُلَ هذا أوتُوكِلَه انتهى (٩).

وأراد المؤلف [عليلم] (١٠) بنحو "الحط" الإسقاط والإبراء، ولا يدخل في نحو الحط النذر ونحوه من سائر التملكيات لأنها ليست نحو الحط.

قوله عليلم:" **غالباً فيهما** "أي في مسألة وجوب قبض نحو المعجل، ومسألة شرط نحو حط البعض، واحترز بقوله "غالباً" في المسألة الأولى من أن يخاف من له الحق من قبضه ضرراً نحو أن يخشى عليه أو على نفسه من ظالم إن قبضه فإنه لا يجب عليه حينئذ أن يقبضه، وسواء كان مؤجلاً أو معجلاً، وكذا إن(١١) كان مؤجلاً، ويلحقه غرامة إلى وقت الأجل إن قبضه، أو يكون له عرض في عدم قبضه قبل حلول أجله فإنه لا يجب عليه قبضه حينئذ، وهذا الاحتراز من منطوق، ويجب قبض كل نحو معجل واحترز به في المسألة الثانية من أن يمتنع من عليه الدين المعجل من تسليمه إلا بشرط الحط، فإن الحط لا يصح، واحترز أيضاً مما لا يصح مثله في الدين كالهبة .

قوله عليلم: " **وَيَتَضَيَّقُ رد نحو غصب مطلقاً** "أراد بنحو الغصب مما قبض من صغير أو نحوه، ومعنى قوله "مطلقاً" سواء وقعت مطالبة أم لا، وإنما زادها لئلا يتوهم أن التقييد بالطلب راجع إلى الغصب والدين معاً، ووجه التضيق مطلقاً في الغصب أن الغاصب،

---

1 - الزيادة من(أ).
2 - شرح الأزهار - (٣ / ١٨٠)و فتاوى السبكي (ج١/ص٣٤٠) .
3 - فتاوى السبكي (ج١/ص٣٤٠) .
4 - الزيادة من(ب).
5 - في(ب)"المؤجل".
6 - أخرجه مالك في الموطأ - كتاب البيوع - باب ما جاء في الرِّبَا في الدَّيْنِ -رقم١٣٥٢ (ج٢/ص٦٧٢).
7 - هو عبيد أبو صالح مولى السفاح من خزاعة سمع زيد بن ثابت قوله روى عنه بسر بن سعيد في أهل المدينة. التاريخ الكبير (ج٥/ص٤٤٧).
8 - في(ب) "تفعله "بدل مابين المعقوفتين وليس ما بين المعقوفتين أو ما في (ب)في الموطأ.
9 - أخرجه مالك في الموطأ - كتاب البيوع -ما جاء في الرِّبَا في الدَّيْنِ -رقم١٣٥١ (ج٢/ص٦٧٢).
10 - الزيادة من(أ) .
11 - في(ب) " ".

ونحوه في حكم المطالب في كل وقت بالرد متضيق عليه ما لم يقع منه مراضاة للمغصوب عليه، وهذا مما لا يحفظ فيه خلاف[١].

قوله عليلم:" **وَالدَّيْنُ بنحو الطَّلَبِ** "المراد هنا بالدين ما ثبت في الذمة برضا أربابه فيتضيق قضاؤه بالطلب ممن هو له وأراد بنحو الطلب ما إذا كان الدين لغير مكلف كالصبي أو[٢]المسجد وهو محتاج إليه فإنه لا يعتبر فيه الطلب، وأما حيث يكون غير محتاج إليه فيتضيق الرد بطلب المتولي عليه .

قوله عليلم: " **ويسْتَحِلُّ مِنْ مَطْلٍ** " أي يجب على الغاصب ومن عليه الدين إذا مطلا مع التضييق أن يستحلا ممن له الحق أي يطلبا منه أن يجعلهما في حل من أجل اسائتهما إليه بمطلهما فإن اعتذر إليه أو[٣] تابا من ذنب المطل وامتنع الممطول من إحلالهما فالظاهر أنه يأثم بالامتناع، وتصح توبتهما فيسقط عنهما عقاب المطل لأنه من الأسباب التي لا أرش لها بل تسقط بالندم والاعتذار ذكر معنى ذلك في الغيث [٤].

قوله عليلم:" **وَفِي حَقِّ اللَّهِ الْخِلَافُ** " والمراد بحق الله تعالى ما ليس لآدمي معين كالزكوات والكفارات ونحوهما ففيه الخلاف المعروف، هل هو على الفور، فيتضيق وجوب إخراجه عند وجوبه كما هو ظاهر مذهب الهادي [عليلم] [٥]والناصر، وأخير قولي م [بالله][٦] أو على التراخي كما هو قول ح، وأبي الحسين البصري [٧]، وقديم قولي م بالله ؟ وقد تقدم [ذكر] [٨] ذلك في كتاب الحج [٩].

قوله عليلم: " **ولا يَصِحُّ فِي الدَّيْنِ تَصَرُّف غالباً** "فلا يصح رهنه ممن هو عليه ولا من غيره لأن من شرط صحة الرهن أن يكون متعيناً[١٠] وأن يقبضه المرتهن قبضاً حقيقياً، والدين غير متعين ولا مقبوض، ولا يصح وقفه لأن الوقف تحبيس الرقبة المعينة والدين غير متعين، ولا يصح جعله زكاة لأن من شرطها التمليك الحقيقي، وتمليك الدين ليس حقيقياً، ولا يصح جعله رأس مال سلم إذ يصير من بيع الكالئ بالكالئ، وهو لا يصح، ولا

---

1 - في(ب) "خلافاً ".
2 - في(ب) "و ".
3 - في(ب) "و ".
4 - الغيث المدرار ج٣(خ) .
5 - الزيادة من(أ) .
6 - الزيادة من(أ) .
7 - هو الجاحظ البلخي أبو الحسين البصري من المعتزلة (البحر الزخار ج١٦/٨٥) .
8 - الزيادة من(أ) .
9 - شرح الأزهار - (٣ / ١٨١) .
10 - في(ب) "معيناً ".

يصح جعله مال مضاربة لما سيأتي، ولا يصح عتقه لعدم تعيينه ولا يصح تمليكه غير الضامن به لأنه معدوم، وتمليك المعدوم لا يصح كما في البيع ونحوه فأما الضامن به فيصح تمليكه إياه إذ هو إسقاط حينئذ لا تمليكاً حقيقياً، ولأن الذي في الذمة كالحاضر ولذلك صح أن يشتريه من هو عليه إذ لا يؤدي إلى مشاجرة كما تقدم.

وسواء في ذلك من عليه الدين بالأصالة، ومن هو ضامن به على غيره إذ صار بالضمان كأنه في ذمته .

وقوله: "غالباً" احتراز من تمليك الدين بوصية أو نذر، أو إقرار أو حوالة فإن ذلك يصح إلى الضامن وغيره لأن هذه الأمور يصح تعليقها بالمجهولات[١] كما سيأتي فلذلك صحت في الدين .

ويحترز [به] [٢] أيضاً من تمليكه من هو عليه، أو هو ضمين به ببيع أو هبة أو صدقة، أو عوض خلع أو أجرة فإنه يصح ذلك إليهما فقط لما تقدم من أنه لا يؤدي إلى شجار، وإنما عدل المؤلف[عليلم] [٣]عن عبارة الأزهار[٤/] للاختصار، أو لأنها توهم أن الأحكام التي تصح في الدين أكثر مما لا يصح، وليس كذلك ولأن قوله قبل القبض لا يظهر له فائدة إذ لا يسمى ديناً إلا قبل قبضه.

مسألة :والقرض لازم من الجهتين على الصحيح، فلا يصح رجوع المقرض عنه بعد أن يقبضه المقترض، فإن رده المقترض وجب على المقرض قبوله لا لكونه جائزاً من جهة المقترض بل لأنه يجب على المقرض قبول الإيفاء، ويصح من المقترض رد البدل مع بقاء عين القرض إذ قد ملكها .

وعند الشافعية: أن القرض جائز من الطرفين فللمقرض أن يرجعه[٥] بعينه ما لم يستهلكه المقترض كما له أن يطالبه ببدله[٦] [٧/].

مسألة: وإنما يصح القرض ممن يملك التصرف، والتبرع إذ هو تمليك فلا يصح من عبد وصبي ومحجور، و لا من مضارب إذ فيه إبطال النمو المقصود بالمضاربة، وكذا من وكل بشراء شيء فليس له أن يقرضه ولا ثمنه لمخالفته المقصود.

---

1 - في(ب) "بالمجهول ".
2 - الزيادة من(ب) .
3 - الزيادة من(أ).
4 - نهاية ورقة ٢٥٢ من (أ).
5 - في(ب) "يرتجعه ".
6 - الأشباه والنظائر - (١ / ٤٦٤).
7 - نهاية ورقة ٢٦٤ من (ب).

قال الإمام ح: وَلِلْمُتَوَلِّي إقْرَاضُ فَضَلَاتِ الْمَسَاجِدِ[إذْ مَقْصُودُهَا] [١] الْمَصَالِحُ الدِّينِيَّةُ حَيْثُ الْمُسْتَقْرِضُ مَلِيءٌ يُوثَقُ بِالرَّدِّ مِنْهُ، وَمَنْ صَحَّ قَبُولُهُ الْبَيْعَ صَحَّ اسْتِقْرَاضُهُ ، إذْ هُوَ مُعَاوَضَةٌ[٢].

" مَسْأَلَةٌ " [و] [٣] مَنْ أُبِيحَ لَهُ الطَّعَامُ لَمْ يَمْلِكْ مَا لَمْ يَسْتَهْلِكْ وَقِيلَ مَا أُخِذَ[٤] مِنْ لُقْمَةٍ مَلَكَهَا بِالْقَبْضِ كَالْهَدِيَّةِ فَلَا يَصِحُّ لِلْمُبِيحِ ارتجاعها منه، وَقِيلَ لَا يَمْلِكُ حَتَّى يَضَعَهَا فِي فِيهِ، فللمبيح ارتجاعها [منه] [٥].

وَقِيلَ: لَا يَمْلِكُ إلَّا بِالِابْتِلَاعِ[٦] فللمبيح ارتجاعها[٧] قَبْلَهُ .

قال الإمام ح: وَهُوَ الْأَصَحُّ إذْ لَا مُوجِبَ لِلْمِلْكِ قَبْلَ الِاسْتِهْلَاكِ [٨].

" مَسْأَلَةٌ " : وَلَا يَصِحُّ قَرْضُ الْحَبِّ الْمُسَوِّسِ والمبلول والمقلو ولا العسل وَالسَّمْنِ وَالسَّلِيطِ الْمَغْشُوشَات وَلَا الْغَلِيلِ[٩] وَالْعَلَسِ[١٠] وَالشَّعِيرِ [المخلوط] [١١] بدقاق[١٢] التِّبْنِ ، وَلا الدَّرَاهِمِ والدنانير المغشوشة بغير معلوم لِتَعَذُّرِ تَحَقُّقِ رَدِّ الْمِثْلِ فَيَضْمَنُ بعد استهلاكها بِالْقِيمَةِ كَالْقِيمِيَّاتِ[١٣].

مسألة: وعارية النقدين قرض إجماعا إذ لا ينتفع بها إلا مع إتلافها إلا أن يستعار لتجمل أو عيار أونحوهما، فتكون عارية ولا يصح قرض آنية الذهب والفضة، لتفاوتها في الصنعة فتضمن بالقيمة .

1 - سقط من(ب) .
2 - البحر الزخار - (٩ / ١٧) .
3 - سقط من(ب) .
4 - في(ب) "ألخذه".
5 - الزيادة من(ب) .
6 - في(ب) "بابتلاع".
7 - في(ب) "الارتجاع ".
8 - البحر الزخار - (٩ / ١٧) .
9 - الغليل صنف من البر والشعير (حاشية المنتزع المختار من الغيث المدرار - (٦ / ١٣٠).
10 -هو ضَرْبٌ من الحنْطَة تكون حبّتان في قشْر، وهو طعام أهل صنعاء. وقال الدِّيْنَوَرِيّ: العَلَس ضَرْبٌ من البُرِّ جَيِّدٌ غيرَ أنّه عَسِرُ الاسْتِنقاء؛ يَنْبُتُ بنواحي اليمن، قال: وزَعَموا أنّ العَلَسيَّ المَقِرُ وهي نبات الصَبِر. ينظر العباب الزاخر - (١ / ١٥١).
11 - الزيادة من(أ) .
12 - في(ب) "مدقاق".
13 - البحر الزخار - (٩ / ١٧) .

مسألة: ولا يفسد القرض بشرط يوافق موجبه كشرط رد مثله أو رده بالعيب ونحوه، ولا شرط ما يؤكده كشرط الرهن أو الضمين أو الإشهاد لما سيأتي أن النبي صلى الله عليه وآله اقترض شعيراً من يهودي ورهنه درعه [١].

فـــــرعٌ: فإن شرط المقرض[٢] رد خير مما أعطى لم يصح إذ هو ربا.

قال الغزالي: يصح ويلغو الشرط وله قبول الأفضل ما لم يشرطه على الأصح فإن شرط المقترض رد أقل مما يأخذ[٣] فوجهان أصحهما يصح كلو وهب له الزائد [٤].

"مَسْأَلَةٌ" ولَا[٥] يَحِلُّ الدَّيْنُ الْمُؤَجَّلُ بِمَوْتِ مَنْ هُوَ عَلَيْهِ، عند القاسم والناصر وم بالله، وجماعة من التابعين [وهو المذهب] [٦] إذ الأجل حَقٌّ لَهُ ، فَصَارَ لِوَارِثِهِ.

وعند الفريقين ومالك وبعض التابعين بَلْ يَحِلُّ بالموت لِانْتِقَالِهِ **مِنْ** ذمة الميت إلى تركته[٧].

قُلْنَا: بَلْ إلى ذِمَّةِ الْوَارِثِ، بِدَلِيلِ أنه يجوز له الْقَضَاءِ مِنْ مَالِ نفسه، ويأخذ التركة لنفسه [بلا عقد] [٨] كما سيأتي ذكر معنى هذه المسائل في البحر [٩].

---

1 - أخرجه البخاري في صحيحه -كتَاب الْبُيُوعِ -بَاب شِرَاءِ النبي صلى الله عليه وسلم بِالنَّسِيئَةِ -رقم١٩٦٢ (ج٢/ص٧٢٩).

2 - في(أ) "المقترض "والصحيح ما أثبته.

3 - في(ب) "أخذ ".

4 - البحر الزخار - (٩ / ٣٢) .

5 - في(ب) "فلا".

6 - الزيادة من(ب) ".

7 - رد المحتار (٢١ / ١٢٩). ومنح الجليل (١٣ / ٢١).والمجموع(٩ / ١٩٨).و الحاوي الكبير (٦ / ٣٩٨).

8 - الزيادة من(ب) ".

9 - البحر الزخار - (٩ / ٤٢) .

" بَابُ السَّلَمِ "

السلم والسلف بمعنى واحد، وهو تعجيل أحد البدلين، وتأجيل الآخر مع شروط مخصوصة [١]، وقيل: هو بيع موصوف في الذمة بلفظ السلم [٢]، وسمي سلماً لتسليم رأس المال في المجلس، وسمي سلفاً لتقديم رأس المال [٣]، والأصل فيه من الكتاب قوله تعالى " **(يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلى أَجَلٍ [مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ]) [٤] [٥]**" الآية، لقول ابن عباس أَشْهَدُ أَنَّ السَّلَفَ الْمَضْمُونِ إلى أَجَلٍ مُسَمًّى ممَّا أَحَلَّ اللَّهُ في الْكِتَابِ وَأَذِنَ فيه قال اللَّهُ تعالى **(يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ)** [٦] الآية رواه ش وَالطَّبَرَانِيُّ وَالْحَاكِمُ وَالْبَيْهَقِيُّ من طَرِيقِ قَتَادَةَ عن [أبي] [٧] حَسَّانَ الْأَعْرَجِ [٨] عنه حكى ذلك في التلخيص، قال:" وقد علقه البخاري" [٩].

ومن السنة نحو حديث ابن عباس قال: قدم رسول الله صلى الله عليه وآله الْمَدِينَةَ وهم يُسْلِفُونَ [١٠] [في] [١١]الثَّمَرِ الْعَامَ وَالْعَامَيْنِ فقال لهم من أَسْلَفَ في تَمْرٍ ففي كَيْلٍ مَعْلُومٍ ، أو وَزْنٍ مَعْلُومٍ إلى أَجَلٍ مَعْلُومٍ" أخرجه البخاري ومسلم ولأبي داود والترمذي والنسائي نحوه[١٢].

والإجماع منعقد على كونه مشروعاً إلا عن ابن المسيب فمنعه لنهيه صلى الله عليه وآله عن بيع ما ليس عند الإنسان [١٣].

---

1 - البحر الزخار (٩ / ٤٦).

2 - روضة الطالبين (ج٤/ص٣). و(فتح الوهاب (ج١/ص٣١٨).

3 -الإقناع للشربيني (ج٢/ص٢٩١) .

4 - الزيادة من (أ).

5 - البقرة:٢٨٢.

6 - البقرة:٢٨٢.

7 - سقط من المخطوط.

8 - هو مسلم أبو حسان الأعرج وقال سهل: هو مسلم الأحرد يعد في البصريين (التاريخ الكبير ج٧/ص٢٥٨).

9 - التلخيص الحبير (ج٣/ص٣٢) - بَابُ السَّلَمِ .

10 - في (ب)"يسلون ".

11 - سقط من (ب).

12 - أخرجه البخاري في صحيحه -كتَاب السَّلَمِ -بَاب السَّلَمِ في كَيْلٍ مَعْلُومٍ -رقم٢١٢٤ بلفظ " قَدِمَ رسول اللَّه r الْمَدِينَةَ وَالنَّاسُ يُسْلِفُونَ في الثَّمَرِ الْعَامَ وَالْعَامَيْنِ أو قال عَامَيْنِ أو ثَلَاثَةً شَكَّ إِسْمَاعِيلُ فقال من سَلَّفَ في تَمْرٍ فَلْيُسْلِفْ في كَيْلٍ مَعْلُومٍ وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ "(ج٢/ص٧٨١). ومسلم في صحيحه -كتَاب الْمُسَاقَاةِ -بَاب السَّلَمِ -رقم١٦٠٤بلفظ" قَدِمَ النبي r الْمَدِينَةَ وَهُمْ يُسْلِفُونَ في الثِّمَارِ السَّنَةَ وَالسَّنَتَيْنِ فقال من أَسْلَفَ في تَمْرٍ فَلْيُسْلِفْ في كَيْلٍ مَعْلُومٍ وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ إلى أَجَلٍ مَعْلُومٍ".(ج٣/ص١٢٢٦).و أبو داود في سننه -كتاب الْإِجَارَةِ -بَاب في السَّلَفِ -رقم٣٤٦٣ (ج٣/ص٢٧٥). و الترمذي في سننه -كِتَاب الْبُيُوعِ - بَاب ما جاء في السَّلَفِ في الطَّعَامِ والتمر -رقم١٣١١(ج٣/ص٦٠٢). و النسائي في السنن الكبرى - كتاب البيوع -السلف في الثمار -رقم٦٢٠٩ (ج٤/ص٤٠).

13 - عمدة القاري (ج١٢/ص٦١).و شرح الأزهار - (٣ / ١٨٨).

قلنا: أراد بيع عين معدومة لا في الذمة على جهة السلم للخبر المتقدم، وللحاجة إليه كالبيع، وقد اختلف في كونه وارداً على القياس أو مخالفاً إذ هو بيع معدوم.

قال الإمام ح: بل هو وارد على القياس لأن بالناس إليه حاجة ولأنه إذا جاز دخول الأجل في الثمن جاز في المثمن [١]، وإنما قدمه المؤلف عليلم على الصرف خلاف ما في الأزهار لأنه أقرب إلى أصل البيع وأقوى شبهاً به من الصرف من حيث يصح السلم في أكثر ما يصح فيه البيع وثمنه، يصح أن يكون كل شيء يصح مثله في البيع بخلاف الصرف، فهو مختص[٢] بنوع مخصوص كما سيأتي وأيضاً فإن السلم شبيه بالقرض من حيث أن أحد البدلين فيه غير حاضر .

قوله عليلم:" **يَصِحُّ فيما يصح قرضه غالباً**" فكما صح قرضه صح السلم فيه إلا [حيث][٣] ما أحترز منه بقوله "غالباً" وسيأتي بيانه، وما لا يصح قرضه لا يصح السلم فيه على المذهب، فلا يصح السلم في الحيوان على المختار [٤].

وقال في الانتصار: المختار جواز السلم فيه، وقد قال به أربع طبقات، فمن الصحابة أمير المؤمنين و[ابن عباس وابن عمر] [٥]، ومن التابعين الحسن البصري، وابن المسيب والنخعي، ومن الأئمة الباقر والصادق والقاسم وم بالله، ومن الفقهاء ش و ك وأحمد [٦].

ولا يصح في الجلود عند الأكثر، خلاف ك، ولا في الجواهر واللئالئ ونحوهما، وما لا ينقل إجماعاً لعظم التفاوت فيها [٧].

واختلف في الدراهم والدنانير، فذكر في الوافي أنه يصح السلم فيهما، وهو الذي في الأزهار إذ لم يعدهما مع الجواهر، وهو قول ش، وقال ح: لا يصح السلم فيها، وإليه أشار م بالله، ووجهه أنه يؤدي إلى أحد محذورين، إما أن يجعلا ثمناً، وقد استقر الإجماع على أن المسلم فيه مبيع أبداً أو يجعلا مبيعاً وقد ثبت أنهما أثمان لجميع الأشياء [٨].

---

1 -شرح الأزهار - (٣ / ١٨٨) .

2 -في (ب)"يختص ".

3 -الزيادة من (ب).

4 -البحر الزخار - (٩ / ٨٤) .

5 -في (ب)" ابن عمر وابن عباس "بدل مابين المعقوفتين.

6 - الانتصار على علماء الأمصار ج٦(خ).و الاستذكار (ج٦/ص٤١٩).و وروضة الطالبين (ج٤/ص١٨).و الإنصاف للمرداوي (ج٥/ص٨٥). والمغني (ج٤/ص١٨٦).

7 - الانتصار على علماء الأمصار ج٦ (خ).والمهذب (ج١/ص٢٩٧)والحاوي الكبير(ج٥/ص٤٠٠).والتاج والإكليل (ج٤/ص٥٣٢).والإنصاف للمرداوي (ج٥/ص٨٥). والمغني (ج٤/ص١٨٦).

8 -الانتصار على علماء الأمصار ج٦ (خ). والوافي (خ). والبحر الزخار(٩ / ٩٦). والأم (ج٣/ص٩٨). وبدائع الصنائع (ج٥/ص٢٠٨). و شرح الأزهار - (٣ / ١٨٩).

وقوله:"غالباً" احتراز من الأعيان فإنه يصح قرضها، ولا يصح السلم فيها فلو قال أسلمت إليك هذه العشرة في هذا الثوب، أو نحو ذلك لم يصح لأنه يصير بيعاً بلفظ السلم، [وهو لا يصح] [1] كما سيأتي.

ويحترز أيضاً مما يحرم فيه النساء، فإنه لا يصح فيه السلم لأن[2] من لازمه النساء، ويحترز أيضاً من بعض ما يصح فيه [3/] القرض مع أنه لا يصح[4/] فيه السلم، نحو أن يسلم فيما يصح فيه النساء، وما لا يصح فإنه يفسد في الجميع إذا لم يتميز ثمن كل منهما بخلاف القرض فيصح فيما يصح فيه دون ما لا يصح، ووجه الفساد في السلم أنه أدخل فيه ما يحرم فيه النساء والعقد لا يتبعض ففسد في الكل، هذا على ما ذكره ط للهادي عليلم، وهو قول ح.

وقال صاحباه[5]: يفسد بقدر الجنس المماثل فيمن أسلم [جنساً] [6] في جنسه وغير جنسه، وإنما عدل المؤلف [عليلم][7]عن عبارة الأزهار للاختصار [8].

قوله عليلم: "**وشروطه ذِكْرُ قَدْرِ الْمُسَلَّمِ فِيهِ وجِنْسِهِ ونَوْعِهِ وصفته** " المشهور أن شروط السلم سبعة لكن قد يدخل بعضها في بعض وقد جعلها المؤلف [عليلم] [9] ستة هذا أولها، وهو ذكر قدر المسلم فيه وجنسه ونوعه وصفته، أما القدر فيعرف بالكيل، أو الوزن .

قال ط: دون العدد فلا يصح السلم [فيه][10] في فاكهة بالعدد كالسفرجل والرمان [ونحو ذلك] [11]، وعن ح وصاحبيه: يجوز في البيض والجوز بالعدد [12].

وأما الجنس فنحو أن يقول: بر، وأما النوع فبأن يقول سمرا أو عربي أو ميساني[13] أو نحو ذلك، وأما الصفة فنحو أن يسلم في تمر برني، أو صيحاني فقد ذكر جنسه ونوعه، ولا

---

1 - الزيادة من (ب).
2 - في (ب)"لأن".
3 - نهاية ورقة ٢٦٥ من (ب).
4 - نهاية ورقة ٢٥٣ من (أ).
5 -أبو يوسف ومحمد .
6 - سقط من (أ).
7 - الزيادة من (أ).
8 - شرح الأزهار - (٣ / ١٨٩). و بدائع الصنائع (ج٥/ص١٨٧).
9 - الزيادة من (ب).
10 - الزيادة من (أ).
11 - الزيادة من (أ).
12 - شرح الأزهار - (٣ / ١٨٩). و بدائع الصنائع (ج٥/ص١٨٧).
13 - نسبة إلى مَيْسَان وهي كُورَةٌ معروفَةٌ من كُوَرِ دِجْلَةَ بِسَوَادِ العِرَاقِ بَيْنَ البَصْرَةِ ووَاسِطَ .تاج العروس ج١٦/ص٥٢٩).

بد أن يذكر صفته أيضاً كرطب أو يابس ونحو أن يسلم في سمن[غنم أو بقر] [١] فيقول حديث أو عتيق[٢] عام أو عامين، أو نحو ذلك.

قوله عليلم: " **ومنه نحو لحم كَذَا مِنْ عُضْوِ كَذَا سِمَنَهُ كَذَا** "أي بما يبين جنسه ونوعه وصفته فيقال لحم بقر، أو ضأن، أو معز أو نحو ذلك، ويبين أنه من لحم الضلع، أو الظهر أو الكتف، أو الورك، أو نحوها ويبين قدر سمنه، فيقول سمنه قدر أصبع، أو نحوه، ولا بد أن يبين كون العظم مخلوعاً، أو غير مخلوع من ذكر أو أنثى فتي أو كبير خصي، أو غيره رعي أو معلوف .

قيل: ويجوز السلم في الرؤوس[٣] بالوزن نيَّة أو نضيحة [٤]، والوجه في اعتبار ما ذكر أن المسلم فيه إذا وصف بالصفات المذكورة صار معلوماً وقل التفاوت [فيه] [٥]، وأراد المؤلف [عليلم] [٦]بنحو اللحم السمن وقد تقدم الكلام فيه .

قوله عليلم:" **ومَا لَهُ طُولٌ وَعَرْضُ ورِقَّةٌ وَغِلَظٌ**" مقصود إن تبينت[٧] أيضاً "أي وما كان من المسلم فيه له طول وعرض إلى آخره، وجب تبيين هذه الصفات مع[٨] الجنس والنوع، وقوله "مقصودات" معناه إذا كان يتعلق بها الغرض كما في الخشب والآجر واللبن والبسط والثياب، فلا بد من ذكر تلك الأوصاف ليخرج المسلم فيه من الجهالة .

وأما حيث لا يكون مقصوده في الشيء المسلم فيه كما في الطعام [ونحوه] [٩] فلا يحتاج إلى ذكرها وإن كانت حاصلة فيه لأنها ليست بمقصودة فيه ولا تتعلق به العرض.

قوله عليلم :" **وَيُوزَنُ مَا عَدَا الْمِثْلِيَّ هب مطلقاً** "أي وإن كان حشيشاً[١٠] أو آجرا أو خشباً[١١] أو غير ذلك فإنه يجب أن يوزن ذكره ط وصحح للمذهب، ووجهه أنه إذا لم يكن مثلياً لم يصر معلوماً إلا بالوزن [١٢].

---

1 - في (ب)"بقر أو غنم"بدل مابين المعقوفتين.
2 - العتيق هو الذي تقادمت مدته.(شرح الأزهار - (٣ / ١٩٠).
3 -كتبت في المخطوط "الروس".
4 -البيان لابن مظفر (٦٨٧/٢) .
5 - الزيادة من (ب).
6 - الزيادة من (أ).
7 - في (ب)"ثبت".
8 - في (ب)"من".
9 - الزيادة من (ب).
10 - في (ب)"خشباً".
11 - في (ب)"حشيشاً".
12 - شرح الأزهار - (٣ / ١٩٠) .

واستضعف المؤلف عليلم جعل ذلك للمذهب، وصحح ما ذكره ض زيد حيث قال لا يمتنع جواز [السلم] [١]في [العوارض] [٢] والجذوع من غير ذكر الوزن إذا بين جنس الخشب وطوله وعرضه وغلظه ورقته ولونه، لأن وزنه متعذر [٣] في العادة.

قال: ويجوز السلم في اللبن [والآجر] [٤]إذا بين مقداره على أصل يحيى عليلم، ووجه ما ذكره أن الجهالة ترتفع بذلك [٥].

قوله عليلم: " **ومَعْرِفَةُ إمْكَانه لِلْحُلُول** "هذا هو الشرط الثاني من شروط السلم، وهو أن يعرف من طريق العادة أن الشيء المسلم فيه يتمكن المسلم إليه من تحصيله عند حلول أجله، ولو لم يكن موجوداً حال العقد[فإن ذلك لا يضر مع معرفة إمكانه بالحلول في العادة فلا يضر عدمه حال العقد] [٦] إذ لا ثمرة لوجوده حينئذ هذا قول العترة ومالك وش، وقال الناصر وح وأصحابه بل يشترط [٧].

لنا: الخبر وقد مر، فإن لم يعرف ذلك لم يصح السلم كما أشار إليه المؤلف عليلم بقوله " فلو عين ما يقدر [تعذره عادة] [٨] بطل " ويكفي الظن في ذلك فعلى هذا لا يصح أن يشترط تمر نخلة بعينه[٩] ولا حنطة مزرعة معينة، ولا فاكهة بستان معين، ولا لبن حيوان معين، ولا نسخ محلِه معينة، ولا مكيالها إلا إذا كان بلداً كبيراً، لا يجوز إجلاء أهله عنه في العادة في مثل مدة أجل السلم، وكذا لا يصح اشتراط نسج شخصٍ معين، أو ذراعه أو نحو ذلك لتجويز تعذره عادة، وإنما زاد المؤلف[عليلم] [١٠] لفظه[١١] عادة لأنه لا اعتبار ما خالف العادة، ولا يجوز أن يشترط أفضل الجنس المسلم فيه، ولا أرداه إذ يصير بذلك مجهولاً لأنه ما من شيء إلا ويقال غيره أفضل منه .

قيل [ع] [١٢]: إلا أن يقال من أفضل ما يوجد، أو يقال أفضل ما يوجد في ذلك البلد صح لانضباطه حينئذ،

---

1 - **سقط من (ب).**
2 - **سقط من (ب).**
3 - **في (ب)"يتعذر".**
4 - **الزيادة من (أ).**
5 - **شرح الأزهار - (٣ / ١٩٠).**
6 - **سقط من (ب).**
7 - **الاختيار لتعليل المختار - (٢ / ٣٩). وحاشية قليوبي (ج٢/ص٣٠٨). و التاج والإكليل (ج٤/ص٥١٤). والمجموع (١٣ / ٩٧). و شرح الأزهار - (٣ / ١٩١) .**
8 - **في (ب)"عادة تعذره"بدل مابين المعقوفتين.**
9 - **في (ب)"معينة".**
10 - **الزيادة من (أ).**
11 - **في (ب)"لفظ".**
12 - **الزيادة من (أ).**

ويصح أن يؤخذ في المسلم فيه رهناً [1]أو كفيلاً كسائر الديون [2].

قوله عليلم: " **وكَوْنُ الثَّمَنِ مَقْبُوضًا تَحْقِيقًا مَعْلُومًا ولو جُمْلَةً** " هذا هو الشرط الثالث : وهو أن يكون رأس مال السلم مقبوضاً في مجلس عقده فلو تفرقا قبل قبضه بطل التسليم[3]، هذا مذهبنا وهو قول ح و ش [4].

و[قال] [5] ك: يجوز تأخيره بعد التفرق يوماً [أو يومين] [6] [7]، ولا بد أن يكون القبض متحققاً فلو كان على المسلم إليه دين للمسلم لم[8] يصح أن يجعل رأس مال سلم إلا بعد أن يقبضه منه ثم يعطيه إياه.

قيل: وذلك وفاق لئلا يكون من الكالئ بالكالئ، وكذلك لو كان عند المسلم إليه وديعة لم يصح جعلها رأس مال السلم[9] حتى يقبضها المسلم إليه في المجلس، ولو كانت حاضرة [و][10]هذا ظاهر قول الهادي عليلم، وحصله [له][11] م بالله، وهو محكي عن ش، وقال م بالله: يصح أن تسلم الوديعة ولو[12] غابت عن المجلس وكذا في الزوائد [13].

وقال ع: تخريجاً إن حضرت الوديعة المجلس جاز، وإن لم يقبض وإلا فلا [14].

ولا بد أيضاً من أن يكون الثمن معلوماً تفصيلاً أو جملة، فالتفصيل ظاهر، والجملة كأن تكون صبرة غير معلومة القدر ككف دراهم أو صبرة طعام أو نحو ذلك، هذا مذهبنا، وهو قول ش [15].

وقال

---

1 - صوابه دهن أو كفيل تعليق في الحاشية من (ب).
2 - شرح الأزهار - (٣ / ١٩١).
3 - في (ب)"السلم".
4 - الاختيار لتعليل المختار - (٢ / ٣٩)والمجموع - (١٣ / ٩٧).
5 - سقط من (ب).
6 - الزيادة من (أ).
7 - الشرح الكبير(ج٣/ص١٩٥)و بداية المجتهد - (٢ / ١٦٣).
8 - في (ب)"لا يصح".
9 - في (ب)"سلم".
10 - الزيادة من (ب).
11 - الزيادة من (أ).
12 - في (ب)"وإن".
13 - الغيث المدرار ج٣(خ). و نهاية المحتاج (ج٤/ص١٨٥).
14 - الغيث المدرار ج٣(خ).
15 - المرجع السابق.

[ح والناصر] [١]: لا يصح الجزاف في السلم قبل فلو أسلم عشرين [٢/] درهماً في قفيز بر وقفيز شعير، ولم يبين ثمن كل واحد منهما جاز عندنا، وعند أبي يوسف ومحمد، ولم يصح عند ح [٣].

وحذف المؤلف [عليلم] [٤] قوله في الأزهار" وَيَصِحُّ بِكُلِّ مَالٍ "[٥] لفهم[٦] ذلك من إطلاق الثمن، وإنما ذكره في الأزهار وإشارة إلى خلاف الناصر فعنده أنه لا يصح أن يكون رأس المال السلم إلا نقداً [٧].

قال أصحابنا: ويصح أن يسلم مكيلا في موزون والعكس إذا اختلف الجنس، ولا يصح أن يسلم مكيلاً في مكيل ولا موزوناً في موزون إلا الذهب والفضة فيصح إسلامهما في سائر الموزونات من غير جنسهما، ويصح أخذ الرهن في رأس المال إذا[٨/] حصل قبض رأس المال قبل التفرق، وكذا الحوالة فإن لم يقبض رأس المال قبل التفرق[بطل السلم [٩].

قيل ع: فلو تلف الرهن في يد المسلم إليه قبل أن يقبض رأس المال فإن قبضه قبل التفرق] [١٠] وانكشف صحة الرهن وكان مضموناً عليه، وإن لم يقبض رأس المال يبين بطلان الرهن فلا يضمن ولا يصح أن يحيل المسلم إليه غريماً له على المسلم برأس المال لأنه لا يصح التصرف فيه قبل قبضه [١١].

قوله عليلم:" **وفِي انْكِشَافِ الرَّدِيءِ مَا مَرَّ** " يعني إذا أنكشف في رأس المال رديء عين أو جنس فالحكم فيه كما سيأتي في باب الصرف من أنه يبطل بقدره إلا أن يبدل رديء العين في مجلس الصرف ورديء الجنس فيه أو في مجلس الرد على ما سيأتي من التفصيل.

قوله عليلم: " **وتَجْوِيزُ رِبْحٍ وخُسْرَانٍ** "هذا هو الشرط الرابع وهو أن يكون كل واحد من المتبايعين مجوزاً للربح، ومجوزاً للخسران إذ هو مع تيقن الربح كقرض جزء منفعة.

---

1 - في (ب)"الناصر وأبو حنيفة"بدل مابين المعقوفتين.
2 - نهاية ورقة ٢٦٦ من (ب).
3 - الغيث المدرار ج٣(خ). و الفتاوى الهندية - (٣ / ١٧٨). و شرح الأزهار - (٣ / ١٩٢).
4 - الزيادة من (أ).
5 - الأزهار - (١ / ١٠٩).
6 - في (ب)"يفهم".
7 - شرح الأزهار - (٣ / ١٩٢) .
8 - نهاية ورقة ٢٥٤ من (أ).
9 - الغيث المدرار ج٣(خ) .
10 - سقط من (ب).
11 -المرجع السابق.

قال السادة: لا يجوز أن يكون رأس مال السلم ما لا يجوز أن يكون ثمناً له في الأوقات كلها، على أصل يحيى عليلم نحو أن يسلم درهماً واحداً في فرق من البر فيكون متيقناً للربح فلا يجوز على أصله عليلم لما تقدم من أن بيع الشيء بأكبر من سعر يومه لأجل النساء لا يجوز [١].

قيل ح: فيعتبر بالماضي أو المستقبل لأنه إذا أنفق في الماضي فهو يجوز في المستقبل.

وقيل ل: بل العبرة بالمستقبل وهو أظهر، وأما م بالله فلا يعتبر هذا الشرط بل يصح عنده، ولو تيقن الربح لأنه يجبر بيع الشيء بأكثر من سعر يومه لأجل النساء [٢].

قوله عليلم: " **وأجل معلوم وأَقَلُّهُ ثَلَاثٌ** " هذا هو الشرط الخامس، وهو كون المسلم فيه مؤجلاً أجلاً معلوماً، أما اشتراط كونه مؤجلاً فهو المذهب، ذكره في الكافي، ومذاكرة الدواري، وغيرهما وإن أقله ثلاثة أيام، وعن الأستاذ يوم وليلة، وقيل جزء من يوم وهو ظاهر قول الشافعي [٣].

وقال ص بالله: أقل مدته أربعون يوماً لأنها أقل وقت يحصد فيه زرع وهو الطهف[٤] حكى ذلك في التقرير [٥].

وعن ش: لا يشترط الأجل بل يصح معجلاً [٦].

لنا ما تقدم، وحذف المؤلف[عليلم] [٧] قوله في الأزهار،" رَأْسِ مَا هُوَ فِيهِ لِآخِرِهِ "[٨] إلى قوله كما مر، اكتفاء بما سيأتي في الأيمان، وبما تقدم في القرض من أنه يصح تعجيل كل حق، ويجب قبوله والله أعلم.

ولا بد أن يكون الأجل معلوماً فلو كان غير معلوم وقته كنزول المطر وإحصاد الزرع ونحوهما فسد السلم لقوله صلى الله عليه وآله وسلم "إلى أجل معلوم"[٩] وفي ذلك خلاف مالك وأبي ثور في الحصاد ونحوه [١٠].

---

1 -الغيث المدرار ج٣(خ) وشرح الأزهار - (٣ / ١٩٤).
2 -المرجع السابق.
3 - الكافي في شرح الوافي(خ)، ومذاكرة الدواري (خ). و الإقناع للشربيني (٢ / ٢٩٤) .
4 - الطهف: طعام يختبز من الذرة. الصحاح للجوهري(٥ / ٨٣).
5 - التقرير في شرح التحرير (خ) و شرح الأزهار - (٣ / ١٩٣).
6 - الحاوي الكبير ــ للماوردي - (٥ / ٨٧٢).
7 - الزيادة من (أ).
8 - الأزهار - (١ / ١٠٩).
9 -سبق تخريجه صــ٧٧٥ .
10 - بداية المجتهد - (٢ / ١٦٤).

قال في البحر: "وَيَصِحُّ تَقْيِيدُهُ بِالشَّهْرِ الرُّومِيِّ وَالْعَرَبِيِّ، وَالْأَيَّامِ الْمَشْهُورَةِ كَالْعِيدَيْنِ، وَالنَّفْرَيْنِ، وَيَوْمِ عَاشُورَاءَ لِتَعَيُّنِهَا، فَإِنْ أُطْلِقَ الْعِيدُ أَوْ رَبِيعٌ أَوْ جُمَادَى تَعَيَّنَ الْأَوَّلُ.

وَإِنْ[1] عَيَّنَ النَّيْرُوزَ[2]، أَوْ[3] الْمِهْرَجَانَ، عِيدَ الْيَهُودِ، أَوْ فَطِيرَ الْيَهُودِ، أَوْ فِصْحَ النَّصَارَى[4]، وَالشَّعَانِينَ[5]، صَحَّ إنْ عَرَفَهَا الْمُسْلِمُونَ لَا الْيَهُودَ وَحْدَهُمْ إذْ لَا يُوثَقُ بِقَوْلِهِمْ انتهى[6].

والوجه في قول أهل المذهب إن أقل أجله ثلاث اعتبارها في كثير من التأجيلات كتأجيل الشفيع، ومطلوب الجرح والتعديل وحضور[7] الشهادة الغائبة ونحو ذلك.

فائـــــدة: الشهور الرومية تعرف باعتبار حلول الشمس [في البروج لكن التي يطلق [الناس عليها][8] الرومية إنما هي السريانية وهي اثنا عشر شهراً، أولها نيسان وهو[9] عبارة عن حلول الشمس] [10] في بُرج الحمل[11] وله من المنازل النطح والبطين وثلث من الثريا[12].

والثاني آيار وهو عبارة عن حلول الشمس في برج الثور [13]، وله من المنازل ثلثا الثريا والدبران[14] وثلثا الهقعة[15] .

---

1 - في (أ)"فإن"وفي البحر ما أثبته.

2 - النيروز(بالفارسية) اليوم الجديد وهو أول يوم من أيام السنة الشمسية الإيرانية ويوافق اليوم الحادي والعشرين من شهر مارس من السنة الميلادية و(عيد النوروز أو النيروز) أكبر الأعياد القومية للفرس. المعجم الوسيط (٢ / ٩٦٢).

3 - في (أ)"و" وفي البحر ما أثبته.

4 - فِصْحُ النّصارَى إِذا أَكَلوا اللَّحْمَ وأَفْطَرُوا والجمع فُصُوحٌ كحمْلٍ وحُمُولٍ وأَفصَح النَّصَارَى بالأَلف أَفطروا من الفَصْح وهو عيدُهم مثلُ عِيد المسلمين وصَومُهم ثمانيةٌ وأَربعون يوماً ويومُ الأَحد الكائنُ بعد ذالك هو العيد (تاج العروس ج٧/ص٢٠).

5 -هو عيد مسيحي يقع يوم الأحد السابق لعيد الفصح يحتفل فيه بذكرى دخول السيد المسيح بيت المقدس. المعجم الوسيط ج١/ص٤٨٥)

6 - البحر الزخار - (٩ / ٧٣).

7 - في (ب)"وحصول".

8 - في (ب)"عليها الناس "بدل مابين المعقوفتين.

9 - في (ب)"وهي".

10 -في (ب)مابين المعقوفتين سقط من المتن واستدرك في الحاشية.

11 -البُرْجُ : واحد من بروج الفَلَك وهي اثنا عشر برجاً كل برج منها منزلتان وثُلُثٌ مَنزلٌ للقمر وثلاثون درجة للشمس إِذا غاب منها ستة طلع ستة ولكل برج اسم على حدة فأَوَّلها الحَمَلُ وأَوَّلُ الحَمَلِ الشَّرَطانِ وهما قرنا الحمل كوكبان أَبيضان إِلى جنب السَّمَكة وخلف الشَّرَطَيْنِ البُطَيْنُ وهي ثلاثة كواكب فهذان منزلان وثلث للثريا من برج الحمل. لسان العرب - (٢ / ٢١١).

12 -ما سبق ذكره أسماء نجوم .(المحيط في اللغة - (٩ / ١٩٢)

13 -الثور، برج. و برج الثور مجموعة الكواكب التي تشكل العلامة الثانية لدائرة البروج . الموسوعة العربية العالمية - (بدون رقم).

14 - الدَبَرَانُ : نَجْمٌ من مَنَازِلِ القَمَرِ في بُرْجِ الثَّوْرِ. المحيط في اللغة - (٩ / ٣٠١)

15 - ثلاثة أنجم نيرة قريب بعضها من بعض، وهى رأس الجوزاء ينزلها القمر . الصحاح للجوهري - (٤ / ٤٤٢).

والثالث: حزيران، وهو عبارة عن حلول الشمس في برج الجوزاء [١]، وله ثلث الهقعة والهنعة[٢] والذراع [٣].

والرابع: تموز، وهو عبارة عن حلولها في برج السرطان[٤] وله من المنازل النثرة[٥] والطرف وثلث الجهة .

والخامس: آب، وهو عبارة عن حلولها في برج الأسد [٦] وله من المنازل ثلثا الجبهة [٧] والزبرة [٨] وثلثا الصَّرْفَة [٩] .

والسادس: أيلول، وهو عبارة عن حلولها في برج السنبلة[١٠]، وله من المنازل ثلث الصرفة والعوّا [١١] والسماك [١٢].

والسابع: تشرين الأول، وهو عبارة عن حلولها في برج الميزان،[١٣] وله من المنازل، الغفر، و الزُّبانِ، وثلث الاكليل[١٤].

والثامن: تشرين الثاني، وهو عبارة عن حلولها في برج العقرب[١٥] وله من المنازل ثلثا الإكليل والقلب[١٦] وثلث الشولة [١٧].

---

1 - برج من بروج السماء. المعجم الوسيط (١ / ١٤٧)

2 - نجمان في الجوزاء هما المنزل السادس من منازل القمر. المعجم الوسيط (٢ / ٩٩٧).

3 - مَنْزِلٌ للقَمَرِ وهو ذِراعُ الأسَد المَبْسوطةُ وللأسَد ذراعان : مَبْسوطةٌ ومَقْبوضةٌ وهي التي تلي الشامَ وَالقَمَرُ يَنْزِلُ بها والمَبْسوطَة تلِي اليَمَن وهو أَرْفَعُ في السماءِ وأمَدُّ من الأُخْرَى ورُبَّما عَدَلَ القَمَرُ فنزلَ بها تَطْلُعُ لأرْبَعٍ يَخْلونَ من تَموزَ وتَسْقُطُ لأرْبَعٍ يَخْلونَ من كانون الأوَّل . القاموس المحيط - (١ / ٩٢٦).

4 - مجموعة من النجوم تُشكل العلامة الرابعة للبروج . الموسوعة العربية العالمية - (بدون رقم).

5 -كَوكبٌ في السماء كأنه لَطْخُ سَحَاب حِيال كوكبين صغيرين ، تُسَمِّيه العربُ : نَثْرَة الأسد ، وهي من منازل القمر ، وهو في عِلْم النُّجوم من بُرج السَّرَطان . تهذيب اللغة (١٥ / ٥٦) .

6 - مجموعة من النجوم تكوِّن الرمز الخامس من دائرة البروج. الموسوعة العربية العالمية (بدون رقم).

7 - الجبهة جبهة الأسد، وهى أربعة أنجم ينزلها القمر . الصحاح للجوهري (٧ / ٨٠).

8 - الزُبْرَةُ : كَوكَبٌ في بُرْجِ الأسَد . المحيط في اللغة - (٩ / ٤٦).

9 - الصَّرْفَةُ: منزل من منازل القمر، وهو نجم واحد نير يتلو الزُّبْرَةَ؛ يقال إنه قلب الأسد، وسميت الصَّرْفَةَ لانصراف البرد وإقبال الحر بطلوعها، (العباب الزاخر(١ / ٤٥٢) وتهذيب اللغة (١٢ / ١١٤) بنحوه.

10 - هي المنزل الخامس عشر من منازل القمر. المعجم الوسيط (٢ / ٦٥٦).

11 - منزل من منازل القمر يمد ويقصر والألف في آخره للتأنيث بمنزلة بشرى وحبلى. المحكم والمحيط الأعظم - (١ / ٣٣٩).

12 - نَجمٌ في السَّماء معروفٌ . النهاية في غريب الأثر - (٢ / ١٠٠١).والسماك: ما سمك به الشيء.والجمع سمك.والسماكان: نجمان، أحدهما: السماك الأعزل والآخر: السماك الرامح. المحكم والمحيط الأعظم - (٣ / ١٤٨) .

13 - مجموعة نجوم تؤلف الشكل السابع في دائرة البروج. الموسوعة العربية العالمية - (بدون رقم) .

14 - ما سبق ذكره هي أسماء نجوم أو كَوْاكَبٌ (المخصص ـــ لابن سيده - (٢ / ٤١١) والمحيط في اللغة (٩ / ٦٧)بتصرف.

15 - مجموعة من النجوم التي تشكل إشارة دائرة البروج . الموسوعة العربية العالمية - (بدون رقم).

16 اسم نجم وقيل كَوْكَبٌ من بُرْجِ العَقْرَب. المخصص ـــ لابن سيده - (٢ / ٤١١) بتصرف .

17 - نجمان متقابلان في برج العقرب ينزلهما القمر. المعجم الوسيط (١ / ٥٠١) .

والتاسع: كانون الأول، وهو عبارة عن حلولها في برج القوس [١]، وله من المنازل ثلث الشولة والنعائم [٢]والبلدة[٣] .

والعاشر: كانون الثاني، وهو عبارة عن حلولها في برج الجدي[٤]، وله من المنازل، سعد الذابح [٥]، وسعد بُلَع [٦]، وثلث سعد السعود [٧].

الحادي عشر: شباط، وهو عبارة عن حلولها في برج الدلو[٨] ، وله من المنازل، ثلثا سَعْد السُّعُودِ، وسَعْد الأَخْبِيَةِ [٩]، وثلثا الفَرْغ المُقدَّم [١٠].

والثاني عشر: آذار، وهو عبارة عن حلولها في برج الحوت[١١]، وله من المنازل، ثلث الفرغ المقدم، والفرغ المؤخر والحوت.

وأما النيروز والمهرجان فهما من أعياد الأعاجم، فالنيروز أول يوم من السنة الشمسية، كما أن أول المحرم أول السنة القمرية، وهو أول يوم من نيسان عند حلول الشمس في أول نقطة من برج الحمل، وهو أول السنة الشمسية، فصل صيف العرب وربيع الحكماء، والمهرجان أول يوم من النصف الثاني من السنة كما أن أول رجب أول يوم من النصف الثاني من السنة القمرية، وهو أول يوم من تشرين الأول عند حلول الشمس أول [١٢/] نقطة من الميزان، وهو أول فصل شتاء العرب وخريف الحكماء، وأما عيد الفطير لليهود فهو في الأغلب يكون من نصف آذار إلى أول نيسان، وضابطه أن يكون الشمس في برج الحمل والقمر على مقابلتها في برج الميزان في نصف الشهر الهلالي، وذلك وقت خروج موسى من مصر ببني إسرائيل، وإتباع فرعون لهم بجنوده حتى أغرقه الله تعالى وعند المظلمة لهم بعد نصف سنة من عيد الفطير، وهو في الأغلب يكون في أواخر أيلول إلى أوائل

---

1 - بُرْجٌ في السَّمَاءِ ، وهو تاسِعُ البُرُوجِ . تاج العروس من جواهر القاموس - (١٦ / ٤٠٨) .

2 -اسم نجم . المخصص لابن سيده - (٢ / ٤١١).

3 - هي ستة أَنجم من القوس تنزلها الشمسُ في أَقصر يوم في السنة. (لسان العرب - (٣ / ٩٤).

4 - مجموعة من النجوم تكوّن البرج العاشر لدائرة البروج. الموسوعة العربية العالمية - (بدون رقم) .

5 - هو كوكبان مُتَقَارِبانِ ، سُمِّيَ أَحدُهما ذابِحاً لأَن معه كَوْكباً صغيراً غامِضاً ، يكاد يَلْزَقُ به فكأَنَّه مُكِبٌّ عليه يَذْبَحُه ، والذَّابِحُ أَنْوَرُ منه قليلاً . تاج العروس من جواهر القاموس - (٨ / ١٩٥) .

6 - هو نجمانِ نَحْوٌ من سعدِ الذَّابِح أحدهما خَفِيٌّ جِدًّا وهو الذي بَلَّعه أي جَعَلَهُ بُلَع كأنه مُسْتَرِط .المخصص لابن سيده(٢ / ٣٦٧).

7 -هو كوْكبَانِ، وهو أَحْمَدُ السُّعُودِ، ولذلك أُضِيف إليها، وهو يُشْبِه سَعْدَ الذَّابِحِ في مَطْلَعه. وقال الجوهريّ : هو كوكب نَيِّرٌ منفرد تاج العروس من جواهر القاموس - (٨ / ١٩٥) .

8 - برج الدلو هو البرج الحادي عشر في كوكبة دائرة الأبراج الفلكية. الموسوعة العربية العالمية - (بدون رقم).

9 - هي ثلاثةُ أَنْجُمَ ليست بخَفِيَّةٍ غامضَة ، ولا مُضيئة مُنِيرَة ، سُمِّيَتْ بذلك لأَنها إِذا طَلَعَتْ خَرَجَتْ حَشَراتُ الأَرْضِ وهَوَامُّها من جِحَرَتِهَا، جُعِلَت جِحَرَاتُهَا لها كالأَخْبِيَةِ. تاج العروس من جواهر القاموس - (٨ / ١٩٥).

10 - نجم من منازل القمر في الدلو، وهما فرُغَان: الفَرغ المقدم، والفَرغ المؤخر المحكم والمحيط الأعظم - (٢ / ٤٢٦).

11 -مجموعة من النجوم تشكل العلامة الثانية عشرة من دائرة البروج. الموسوعة العربية العالمية - (بدون رقم) .

12 - نهاية ورقة ٢٦٧ من (ب).

تشرين الأول، والشمس في برج الميزان، والقمر على مقابلتها في برج الحمل في نصف الشهر الهلالي.

وأما الفصح بكسر الفاء وسكون الصاد المهملة ثم حاء مهمله فهو من أعياد النصارى، وهو وقت فراغهم من صومهم، ويكون في أكثر السنين في أواخر آذار، ومدة صومهم تسعة وأربعون يوماً، ومبدأوه في العشر الأول من شباط والشعابين بالشين المعجمة والعين المهملة عيد لهم أيضاً بمثابة عيد المظلة لليهود .

ومن أعيادهم الباعوث[١] بالباء الموحدة، وبعد الألف عين مهملة وبعد الواو وثاء مثلثة والله اعلم .

قوله عليلم:" **و تَعْيِينُ مكَان الإيفاء** " هذا هو الشرط السادس وهو تعيين المكان الذي يكون فيه تسليم المسلم[٢/] فيه وسواء كان مما لحمله مؤنة أم لا هذا هو المذهب، وهو قول زيد بن علي والناصر والأخوين أن تعيين المكان شرط في صحة عقد السلم مطلقاً، ووجهه أن العقد لا يقتضي التسليم في موضعه كما مر فوجب تعيينه في السلم ليكون معلوماً، وعن أبي يوسف ومحمد وبعض التابعين لا يشترط مطلقاً إذ لم يذكر في الخبر المتقدم ذكره [٣].

قلنا: أحاله على القياس، وقال أبو حنيفة: إن كان لحمله مؤنة اشترط وإلا فلا إذ لا فائدة[٤].

قلنا: لم يفصل الدليل، وقال أصحاب ش: إن عقدا حيث لا يصلح التسليم كالطريق اشترط وإلا فقولان.

لنا ما تقدم، والقياس على الزمان [٥].

قوله عليلم " **قَبْلَ التَّفَرُّقِ في الكل غالباً** " يعني أنه لا يعتبر في الشروط المذكورة أن يذكر في نفس العقد مقارنة له بل يكفي فيها أن يذكر قبل التفرق عن المجلس الذي وقع فيه العقد، وإن لم يقارنه .

---

1 -**الباعوثُ للنَّصارى كالاستسقاء للمسلمين وهو اسم سرياني وقيل هو بالغين المعجمة والتاء فوقها نقطتان، وباعِيثا موضع معروف. لسان العرب - (٢ / ١١٦).**

2 -**نهاية ورقة ٢٥٥ من (أ).**

3 -**شرح الأزهار - (٣ / ١٩٤).والمبسوط للسرخسي(ج١٢/ص١٢٧).**

4 - **المبسوط للسرخسي(ج١٢/ص١٢٧).**

5 - **حاشية البجيرمي(ج٢/ص٣٢٨).**

وقوله: "غالباً" احتراز من نحو الربح والخسران، فإنه يعتبر فيه بحال العقد فإن كان مفقوداً حال العقد لم يصح، ولو حصل في المجلس لأنهما عقداه على وجه يقتضي الربا نقل ذلك عن المؤلف عليلم .

قال في الشرح: واعلم أنّ ظاهر قول أهل المذهب في كتبهم أنه إذا أحتل شرط من شروط السلم ثم أصلح قبل التفرق [أن ذلك] [١] يصح مطلقاً وسواء كان من شروط البيع أم من غيرها كأن يقول أسلمت إليك في شيء، أو في بر ثم عين ذلك قبل التفرق أنه يصح ونحو ذلك، وقد استشكل المؤلف عليلم.

قال: والصحيح للمذهب أن ذلك يحتاج إلى تفصيل وهو أن يقال إن كان ذلك الشرط من شروط البيع اعتبر حصوله حال العقد [٢].

وإن كان من الشروط التي يختص السلم كفى ما ذكروه وقد أشار المؤلف عليلم إلى ظاهر ما ذكروه بقوله في الكل ورفع ذلك الظاهر وأشار إلى ما صححه بقوله غالباً، وإنما لم يشر المؤلف عليلم إلى ضعف ذلك كما هي عادته لأن كلامهم ليس فيه تصريح بذلك لكن ظاهر اللمع والتذكرة وغيرهما يقضي به فافهم انتهى [٣].

فَـــــرْعٌ: فَلَا يَلْزَمُ الْمُسْلِمَ قَبُولُهُ فِي غَيْرِ الْمَكَانِ الْمَشْرُوطِ ولَوْ بَذَلَ الْمُسْلَمُ إلَيْهِ الْأُجْرَةَ لَمْ يَحِلَّ أَخْذُهَا إذْ لَا يَحِلُّ أَخْذُ الْعِوَضِ عَنْ الْمُسْلَمِ فِيهِ فَكَذَا عَنْ مَوْضِعِ تَسْلِيمِهِ فَإِنْ عَيَّنَ السُّوقَ وَجَبَ إلَيْهِ ، وَإِنْ قَالَ إلى الْبَلَدِ فَإِلى خَلْفِ السُّوَرِ إنْ كَانَ ، وَإِلَّا فَإِلى أَطْرَفِ دَارٍ فِيهِ ، ذكره في البحر [٤].

---

1 - في (ب)"أنه".

2 - فإن ذلك يصح مطلقاً سواء كان من شروط البيع أم من غيرها كأن يقول أسلمت إليك في شيء أو في بر ثم عين ذلك قبل التفرق." تعليق في الحاشية من (ب).

3 -الجامع في الشرح(خ) واللمع في فقه أهل البيت (خ) والتذكرة (٣٨٠) .

4 - البحر الزخار - (٩ / ٨١).

"فَصْـــــــلٌ"

وَمَتَى تفاسخا لَمْ يُؤْخَذْ إلَّا رَأْسُ الْمَالِ أو ضمانة " أي متى تفاسخ المسلم والمسلم إليه عقد السلم لم يكن للمسلم أن يأخذ غير رأس ماله إن كان باقياً، فإن كان قد تلف أخذ ضمانة، وهو مثله إن كان مثلياً أو قيمته إن كان قيمياً، والعبرة بقيمته يوم قبضه المسلم إليه، وليس له أن يأخذ عنه غير ذلك لأن ذلك تصرف من المسلم في ثمن المسلم قبل عوده [إليه] [1] ، وهذا معنى قوله في الأزهار " وَلَا يَبْتَعْ بِهِ قَبْلَ الْقَبْضِ شَيْئًا "[2]، هذا مذهبنا وهو قول ح.

وقال ش و زفر: له أن يشتري به ما شاء، والإقالة في السلم فسخ اتفاقاً [3].

قوله عليلم: " **وللمسلم في تعدد**[4] **الجنس في البريد الخياران والنوع و الصفة، الثلاثة [غالباً]** [5]" معناه أنه إذا تعذر حبس المسلم فيه عند حلول أجله فلم يوجد في البريد خير المسلم بين أن يفسخ عقد السلم ويسترد رأس ماله وبين أن ينظر المسلم إليه حتى يوجد ذلك الجنس في البريد فيلزمه تسليمه، وأما حيث تعذر في النوع والصفة فله ثلاث خيارات، وهي الفسخ والإنظار، وأخذ نوع غير النوع الذي شرطه، أو ما ليس على الصفة التي شرطها لكن إذا كان النوع الموجود أعلى من النوع المشروط لم يجز أخذه إلا برضا المسلم إليه، ولا يجب قبوله على المسلم إلا أن يشاء، وإما الأعلى في الصفة فإذا بذله المسلم إليه وجب على المسلم قبوله ولم يبق له خيار.

وهذه الصورة الأخيرة هي التي أحترز منها المؤلف عليلم بقوله "غالباً" .

وهذا التفصيل مزيد من المؤلف عليلم، وإنما حذف قوله في الأزهار" وَمَتَى بَطَلَ لِفَسْخٍ أَوْ عَدَمِ جِنْسٍ"[6]إلى قوله "ومتى تفاسخا"إلى آخره لإفادة بالعموم، ولأن المفسوخ لا يسمى باطلاً، ولأن عدم الجنس لا يقتضي البطلان، وإنما يقتضي ثبوت الخيار كما تقدم، وليس وراء ما ذكره المؤلف من التحقيق [تحقيق] [7]والله ولي التوفيق.

---

1 - الزيادة من (ب).
2 - الأزهار - (١ / ١١٠).
3 - روضة الطالبين (ج٤/ص٥). و البحر الرائق(ج٣/ص١٦٩). و(ج٦/ص١٨٠). و بدائع الصنائع (ج٥/ص١٨١). و شرح الأزهار - (٣ / ١٩٦) .
4 - في (ب)"قدر".
5 - الزيادة من (أ).
6 -الأزهار - (١ / ١١٠).
7 - الزيادة من (أ).

قوله عليلم: " **ومتى بطل [لفساد هب]** [١] **أخذ فيه مَا شَاءَ** " أي ومتى بطل السلم لفساد في عقده جاز للمسلم عند أهل المذهب أن يأخذ ما شاء أما رأس المال أو بدله أو يشتري به شيئاً آخر، ولو قبل قبضه كما في سائر الديون إلا ما كان عن صرف، والوجه في ذلك أنه ليس يسلم بخلاف ما إذا كان عقد السلم صحيحاً وتفاسخاه فإنه لا يجوز أن يشتري [٢/] المسلم برأس ماله شيئاً غير ما أسلم فيه إذ لا يخرج بالتفاسخ عن كونه سلماً، واستدل لذلك بما روي عن النبي صلى الله عليه وآله" ليس لك إلا سلمك أو رأس مالك هذا الحديث كثير الدوران على ألسنة أهل الفقه، ولم أقف على أصله والله أعلم [٣].

وهذا الذي ذكره أهل المذهب مبني على أن فاسد السلم باطل.

قال في الغيث: قال أصحابنا إذا حصلت شروط السلم التي ذكرناها صح السلم فيما يصح فيه السلم وإن نقض شيء منها كان باطلاً إلا أن يذكراه قبل افتراقهما فيكون صحيحاً.

قيل ح: أراد بالباطل الفاسد.

وقيل: بل على ظاهره لأن أصله بيع معدوم وهو باطل، وفي التقرير عن الأحكام إذا فسد السلم لم يجز التصرف في رأس المال نص عليه في الأحكام وفي الكافي عن المؤيد أنه يملك بالقبض فيقاس عليه المسلم فيه انتهى [٤].

واستضعف المؤلف [عليلم] [٥] ما ذكروه من أن فاسد السلم يكون باطلاً .

قال عليلم: والصحيح ما أشرنا إليه في البيع غير الصحيح من أنه إن كان الخلل في ركن مجمع عليه فهو باطل، وإن كان في شرط ففاسد، ولا مانع من أن يكون السلم كذلك إذ هو نوع من البيع، ولا يضر كونه مختصاً بشروط زائدة، لأن زيادة الشروط وصف لا تأثير له في مثل هذا الحكم، ولأنه قد تقدم في شيء من البيع ما هو كذلك هكذا نقل عن المؤلف[عليلم] [٦]، وفي الشرح عقيبه ما لفظه" فإذا عرفت ذلك فالصحيح عند المؤلف ما

---

1 - في (ب)"لفساد هب"بدل ما بين المعقوفتين.
2 -نهاية ورقة ٢٦٨ من (ب).
3 -قلت : قال صاحب الدراية " حديث لا تأخذ إلا سلمك أو رأس مالك لم أجده بهذا اللفظ ولأبي داود وابن ماجة عن أبي سعيد رفعه "من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره" وأخرجه الترمذي في العلل الكبرى وحسنه وفي الباب عن ابن عمر قوله "إذا أسلفت في شيء فلا تأخذ إلا رأس مالك أو الذي أسفلت فيه أخرجه عبد الرزاق بإسناده منقطع وأخرجه ابن أبي شيبة بإسناد جيد . ينظر الدراية في تخريج أحاديث الهداية (ج٢/ص١٦٠). و نصب الراية (ج٤/ص٥١).
4 - الغيث المدرار ج٣(خ).
5 - الزيادة من (أ).
6 - الزيادة من (ب).

ذكره الفقيه ح ورواية الكافي عن المؤيد، لأن شروط السلم المذكورة في بابه ليس فيها شيء من أركان البيع التي توجب البطلان كما مر [١].

وقد قالوا أن كلام الفقيه ح هنا مبني على أن بيع المعدوم لا يكون باطلاً، والمؤلف يقول بذلك ويقول أنها قد كملت الأركان الأربعة لأن المبيع وإن كان معدوماً في الملك فقد ذكر في العقد وصف، ووجوده في الملك شرط للركن لا أنه الركن نفسه فلا وجه لجعله باطلاً، فعرفت أنه إذا أختل أحد شروط السلم كان فاسداً [و] [٢] تلحقه أحكام البيع الفاسد[٣/] فيملك رأس المال، والمسلم فيه بالقبض ويصح فسخه ونحو ذلك، وإذا ترافعا إلى الحاكم فإن حكم به لزم وإن حكم برفعه بطل، ولا يضر كون الخلل في السلم مجمعاً عليه ما لم يكن في الأركان لأنهم قد ذكروا أن البيع مع جهل المبيع أو الثمن فاسد ولا قائل به، وهذا يؤيد ما ذكره المؤلف عليلم [٤].

نعــــم : فلا يصح ما ذكروه من أنه يأخذ برأس ماله ما شاء لأن كلامهم مبني على أن السلم باطل، وقد بنى المؤلف [عليلم] [٥]على خلافه فيكون الأخذ متوقفاً على حكم الحاكم، وإن أبطله أخذ ما شاء كما لو كان المختل ركناً من الأركان، وإلا فلا فافهم وحذف المؤلف عليلم قوله في الأزهار" وَمَتَى تَوَافَيَا فِيهِ مُصَرِّحَيْنِ صَارَ بَيْعًا وَإِلَّا جَازَ الِارْتِجَاعُ"[٦] لدخول" معنى قوله "أخذ ما شاء" انتهى بلفظه.

ومعنى كلام الأزهار أن المسلم، والمسلم إليه متى توافيا في السلم الفاسد مصرحين بالقضاء، والاقتضاء نحو أن يقول المسلم إليه قضيتك هذا عما أسلمت إلي، ويقول قبلت صار ذلك بيعاً بمنزلة بعت واشتريت، وليس من السلم في شيء لفساده، وإن لم يصرحا بذلك لم يكن بيعاً.

قيل: ولا معاطاة فيجوز لكل منهما ارتجاع ما سلم [٧].

---

1 -الجامع في الشرح(خ) .

2 - الزيادة من (أ).

3 - نهاية ورقة ٢٥٦ من (أ).

4 - اعلم أن ظاهر التذكرة كظاهر الأزهار أنه إذا كان لفساد في عقده فيأخذ ما شاء وظاهر الأزهار أيضاً، ولو قلنا أن فاسد السلم كفاسد البيع والبقاء على ظاهر الإطلاق هو الأولى والأقرب إلى موافقة الأصول لا بآو إن قلنا أنّ فاسده كفاسد البيع كما ذكره الفقيه ح، والمبيع في الفاسد لا يملك إلا بقبض المبيع والمسلم فيه قبل قبضه غير معترض فلا يملك الثمن أيضاً، وإذا لم يملك الثمن فهو باق على ملك المسلم فيأخذ به ما شاء كسائر الديون والله أعلم ففي كلام الشارح هذا نظر والله اعلم.هــ (تعليق في الحاشية من (ب).

5 - الزيادة من (ب).

6 -الأزهار - (١ / ١١٠).

7 - شرح الأزهار - (٣ / ١٩٦).

قوله عليلم: " **ولَا يُجَدَّدُ إلَّا بَعْدَ التَّرَاجُعِ** " أي لا يُجدد[1] السلم الفاسد على وجه الصحة إذا أرادا ذلك إلا بعد أن يسترد المسلم ما كان سلمه أو مثله أو قيمته إن كان قد تلف لأنه إذا كان تالفاً وجددا العقد قبل القبض كان العقد الثاني من بيع الكالئ بالكالئ وإن كان باقياً فهو كالوديعة واليد فيها لا تكون قبضاً على الخلاف ومن شرط السلم التقابض فلذلك لم يصح إلا بعد التراجع [2].

قوله عليلم:" **بخلاف الصرف** " قال في الشرح: "فهو في ذمتين فلم يجب فيه التراجع"[3] انتهى [4].

يعني أنه يصح تجديد فاسده على وجه الصحة قبل التراجع لما ذكروه والله أعلم .

قوله عليلم: " **ويصح نحو الخط فيهما غالباً** " أي يصح من كل من المسلم والمسلم إليه أن يحط عن صاحبه بعض الحق الذي وجب عليه له وأراد بنحو الحط الإبراء والإسقاط ونحوهما.

وقوله: "فيهما" معناه في الصرف والسلم فيصح أيضاً من كل من المتصارفين أن يحط عن الآخر بعض ما وجب له عليه بالعقد.

وقوله:"غالباً" احتراز من حط جميع رأس المال في السلم، فإنه لا يصح قبل القبض وأما بعده فيصح، وإنما لم يصح في الكل قبل القبض لأنه تصرف في رأس المال قبل قبضه، وصح في البعض لأن الباقي يكون هو رأس مال السلم ولذلك.

قيل ع: أنه يشترط أن يكون الباقي من رأس المال قيمة للمسلم فيه في بعض الأوقات [5] هذا وأما إذا كان الحط من السلم فيه فإنه يصح حط البعض والكل بلفظ الإبراء، أو الإسقاط لا بلفظ التمليك لأنه تصرف فيه قبل قبضه، وكذا الإبراء لا يصح به إن جعلناه تمليكاً .

قوله عليلم: " **وَيَصِحُّ السلم بِلَفْظِ الْبَيْعِ كَالصَّرْفِ لَا هُوَ بِأَيِّهِمَا وَلَا أَيِّهِمَا الْآخَرِ.**" فيصح أن يقول المسلم للمسلم إليه بعت منك هذا بكذا أو أسلمته إليك بكذا، و يذكر الشروط كما يجوز في الصرف أن يقول صرفت إليك هذا بهذا، أو بعته منك هذا هو المذهب، وهو أحد قولي ش أعني أن لفظ الصرف والسلم غير شرط فيهما، وعلى أحد قولي ش هو شرط

---

1 - في (ب)"لا يجددوا".

2 - "والمراد أن لا يفترقا إلا وقد حصل التراجع والقبض في المجلس وأما العقد فيصح قبله والله أعلم " تعليق في الحاشية من (ب).

3 -الجامع في الشرح(خ) .

4 -"وهذا حيث كان بالغاً كما يشعر به قوله فهو في ذمتين إذ لو كان باقياً فلا بد من تجديد قبض في الصرف أيضاً لأن البدل لا يكون قبضاً والله أعلم " تعليق في الحاشية من (ب).

5 -الغيث المدرار ج٣(خ) . شرح الأزهار - (٣ / ١٩٧).

فيهما كما في الشفعة والشهادة والحوالة [1]، وقد روي عن المؤيد، والصحيح له كالأول، وأما عقد البيع بلفظ السلم أو الصرف، ولا يصح في غير بابيهما وكذا لا ينعقد السلم بلفظ الصرف ولا العكس، ولا يصح لأنهما لفظان خاصان فلم يتعديا ما اختصا به، والبيع لفظ عام كالتمليك فصح تعديه.

قال في الغيث: ذكر مقتضى ذلك الفقيه س في تذكرته، وهو قول الإمام ح بن حمزة وأحد قولي ش [2].

فائــــدةٌ: لو أن رجلاً أسلم إلى آخر دراهم في شيء موصوف ثم أشرك غيره فيه لم يصح، سواء كان قد نقد للمسلم إليه رأس المال أم لا، ولو أن المسلم إليه أشرك آخر فيما أسلم إليه فيه لم يصح أيضاً، والوجه فيهما ظاهر، وهو أنه في الصورة الأولى تصرف في المسلم فيه قبل قبضه، وفي الثانية فسخ للسلم في البعض بغير رضا المسلم .

فائــــدة: يصح رد مال المسلم[3/] بخيار الرؤية قبل افتراقهما فإن رد به بطل السلم، وإن رده بالعيب فحيث يكون من غير النقدين [يبطل أيضاً، وأما فيهما فإن أبدله قبل أن يتفرقا صح وإلا بطل بقدره.

ويثبت أيضاً في المسلم فيه خيار الرؤية والعيب.

قيل: ذكره في الزوائد، وهو خلاف ما في التذكرة[4]، وإذا أستحق رأس مال السلم، وهو من غير النقدين] [5] بطل[و] [6] فيهما كذلك على قول المؤيد، وأما على قول الهادوية فإن أبدله قبل أن يتفرقا صح وإلا بطل، قيل ذكره أبو طالب [7].

فائدة أخرى: إذا أسلم المسلم إليه بعض المسلم فيه فمع تمكنه من تسليم الباقي لا يجب على المسلم قبوله، وأما مع تعذره فيجب قبوله، ويخير في الباقي بين الصبر حتى يجده، أو الفسخ فيه، ويسترد حصته من رأس المال أو ضمانها، وإذا عجل المسلم إليه بعض المسلم فيه للمسلم وأبرأه من الباقي، فإن كان تبرعاً صح، وإن كان بشرط الإبراء من البعض،

---

1 - الأصح من قولي الشافعي أن لفظ السلم يشترط فيه (مغني المحتاج (ج٢/ص١٠٢).

2 -الغيث المدرار ج٣(خ).و شرح الأزهار - (٣ / ١٩٧).

3 - نهاية ورقة ٢٦٩ من (ب).

4 -التذكرة (ص٣٨١) .

5 - الزيادة من (ب).

6 - سقط من (ب).

7 - البيان لابن مظفر (٦٨٩/٢).

فقال م بالله: و ع و ش يجوز، وقال ط وأبو حنيفة: لا يجوز ولا يصح، فلو تواطئا على ذلك قبل التعجيل والإبراء، فقيل ي س يجوز وفاقاً، وقيل [ف] [1]: بل هو كالمشروط [2].

وإذا شرط الخيار في السلم أفسده إن لم يبطل [صاحب] [3]الخيار صاحبه في المجلس، وكذا في الصرف، وقيل: يصح ويلغو الشرط إذا كان للمسلم إليه دين على المسلم موافقاتً للمسلم فيه في جنسه ونوعه وصفته، وقع قصاصاً [هب] [4] كسائر الديون خلافاً للناصر، وإن اختلفا في أيهما لم يقع قصاصاً إلا بتراضيهما [5].

فائـــدة : ظاهر المذهب أنه لا يصح أن يكون رأس مال السلم منفعة لاشتراطهم قبضه في المجلس، والمنفعة ليست مقبوضة وظاهر مذهب ش جواز ذلك [6].

قال في شرح الإرشاد: [و] [7] يصح كونه منفعة، ويكفي تسليم ما يستوفى منه[8] كأن يسلم إنسان منفعة داره سنة، أو خدمة عبده شهراً في ثوب صفته كذا، ويسلم الدار أو العبد في المجلس، فيكفي كما في الإجارة ولو كانت المنفعة متعلقة ببدنه، كما لو جعل رأس المال تعليم سورة أو خدمة شهر انتهى [9].

---

1 - الزيادة من (أ).
2 - فتح الوهاب (ج١/ص٣٢٥). و البحر الرائق (ج٦/ص١٨٠). والبيان لابن مظفر (٦٩٥/٢).
3 - الزيادة من (ب).
4 - الزيادة من (أ).
5 -البيان لابن مظفر (٦٩٧/٢) .
6 - روضة الطالبين(ج٥/ص١٧٦).و فتح الوهاب(ج١/ص٣١٨)
7 - الزيادة من(أ).
8 - في (ب)"فيه".
9 - شرح الإرشاد(٣٢٩/١) .

بَابُ الصَرْفِ

هو اسم لبيع الذهب أو الفضة، بذهب أو فضة، وسواء كانا مضروبين أو أحدهما، أم لا، ولا يسمى غير ذلك صرفاً في الاصطلاح [(١)].

قوله عليلم: " **يُعْتَبَرُ فِيهِ العقد بلَفْظِهِ أو أَيْ أَلْفَاظُ الْبَيْعِ و مَا مَرَّ غالباً** " هذا هو المذهب، وهو قول الأكثر، فيقول أحد المتصارفين [قد] [(٢)] صرفتك هذا بهذا أو بعت منك، أو ملكتك أو نحوها، ويقول الآخر قبلت، وقال المؤيد: لا يصح إلا بلفظه إذ له حكم مخصوص فجعل له لفظ مخصوص.

قلنا: عقد معاوضة فجاز بغير لفظه[٣/أ] كالبيع، ويعتبر فيه أيضاً ما مر، ذكره في الربويات من الشروط، فيشترط في متفقي الجنس الحلول، وتيقن التساوي حال العقد، والتقابض في المجلس وإن طال [(٤)].

وقوله: "غالباً" احتراز من صورتين:

أحدهما الملك من أيهما، فلا يعتبر هنا حال العقد، فيصح أن تصرف من الآخر دراهم معدومة حال العقد بدراهم معدومة بشرط أن يحصل الملك والتقابض في مجلس العقد، بخلاف غير الصرف فلا يصح فيه، ذلك لورود النهي عن بيع الإنسان ما ليس عنده كما مر، وهو عامٌ إلا ما خصه دليل، والصرف مخصوص بخبر ابن عُمَرَ قال: كنت أَبِيعُ الْإِبِلَ بِالْبَقِيعِ فَأَبِيعُ بِالدَّنَانِيرِ وَآخُذُ الدَّرَاهِمَ وَأَبِيعُ بِالدَّرَاهِمِ وَآخُذُ الدَّنَانِيرَ آخُذُ هذه من هذه وَأُعْطِي هذه من هذه [فَأَتَيْتُ رَسُولَ اللَّهِ صلى الله عليه وآله وهو في بَيْتِ حَفْصَةَ] [(٥)] فقلت يا رَسُولَ اللَّهِ[ص] [(٦)] رُوَيْدَكَ أَسْأَلُكَ إني أَبِيعُ الْإِبِلَ بِالْبَقِيعِ فَأَبِيعُ بِالدَّنَانِيرِ وَآخُذُ الدَّرَاهِمَ وَأَبِيعُ بِالدَّرَاهِمِ وَآخُذُ الدَّنَانِيرَ آخُذُ هذه من هذه وَأُعْطِي هذه من هذه فقال رسول اللَّهِ صلى الله عليه وآله لَا بَأْسَ أَنْ تَأْخُذَهَا بِسِعْرِ يَوْمِهَا ما لم تَفْتَرِقَا وَبَيْنَكُمَا شَيْءٌ "أخرجه أبو داود[(٧)].

فدل على أنه يصح التصارف في المعدوم من كلا الطرفين وعلى أن التفرق هو المبطل دون القيام من المجلس، هذا هو المذهب على ما ذكره ط، وخرجه صاحب الوافي،

---

1 -البحر الزخار - (٨ / ٤٧٦) وشرح الأزهار - (٣ / ١٨١) .

2 -الزيادة من (ب).

3 -نهاية ورقة ٢٥٧ من (أ).

4 -شرح الأزهار - (٣ / ١٨١)والبحر الزخار - (٨ / ٤٨٣) .

5 -سقط من (ب).

6 -الزيادة من (ب).

7 -أخرجه أبو داود في سننه -كتاب البيوع -بَاب في اقْتِضَاءِ الذَّهَبِ من الْوَرِقِ -رقم٣٣٥٤ (ج٣/ص٢٥٠)وضعفه الألباني في الإرواء (٥ / ١٧٣) .

والقاضي زيد للمذهب[1]، وقال في الزوائد: يشترط أن يتعاقدا، وكلا البدلين حاضر معين عند الناصر وأبي جعفر[2] وإلا لم يصح [3].

وقال الشيخ أبو طالب: إذا عين أحدهما دون الآخر صح بشرط أن يكون الآخر في الملك[4].

الصورة الثانية: لم يمثلها في الشرح، ولعله أراد بها ما تقدم في الربويات وهي حيث يكون المتقايلان قيمتين فإنه يعتبر الملك فيهما حال العقد، والظاهر أنه لا مدخل لهذه الصورة في هذا الموضع والله أعلم .

وإنما أتى هنا بقوله غالباً، وإن كان قد فهم معناها مما تقدم ذكره في الربويات للتصريح بذلك في الباب .

قوله عليلم: "**فَإِنْ اخْتَلَّ أَحَدُهَا لم يصح أو الحصة** " يعني فإن اختل أحد الشروط الثلاثة، وهي الحلول وتيقن التساوي والتقابض في المجلس لم يصح الصرف[5] أما اشتراط الحلول فلنحو حديث عمر قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله " الذهب بالذهب ربا إلا هاء وهاء والورق بالورق ربا إلا هاء وهاء" [الحديث] [6]، أخرجه البخاري ومسلم وقد تقدم[7]، وقوله صلى الله عليه وآله في حديث أبي سعيد "يداً بيد"[8] ونحوهما، فإن عقداه على أنه مؤجل لم يصح ولو حصل التقابض قبل التفرق إذ[9] يخالف موجبه، وهو اشتراط الحلول، والمعتبر في التفرق تفرق الأبدان لا المكان فلو انتقلا معا إلى مكان آخر لم يصح خلاف ك[10].

لنا: قوله [صلى الله عليه وآله] [11] "ما لم يتفرقا" وقد تقدم[12] وكذلك[13] لو ناما أو أغمي عليهما، أو أحدهما.

---

1 -الوافي على مذهب الهادي (خ) وشرح القاضي زيد (خ) .
2 - في (ب) "كررت مرتين فحذفت الأخرى".
3 - الزوائد (خ) وشرح الأزهار - (٣ / ١٨٢) .
4 - الغيث المدرار ج٣(خ) .
5 - في (ب)"التصرف".
6 - الزيادة من (ب).
7 - سبق تخريجه صــ٥٧٣.
8 -سبق تخريجه صــ٥٧٣ .
9 - في (ب)"أو".
10 - التلقين (ج٢/ص٣٧٨).
11 - في (ب)"عليلم".
12 - سبق تخريجه صـــــ٦٧٧ .
13 - في (ب)"وكذا".

وأما اشتراط تيقن التساوي، فلحديث[1] أبي سعيد الخدري أن رسول الله صلى الله عليه وآله:قال لا تبيعوا الذهب بالذهب ولا الورق بالورق إلا وزناً بوزن مثلاً بمثل يداً سواءً بسواء الحديث أخرجه الستة إلا البخاري، والموطأ بروايات عدة [٢].

قال في بعضها: "مثلا بمثل يداً بيد فمن زاد أو استزاد فقد أربى الآخذ والمعطي فيه سواء"[٣]، وفي معناه أحاديث أخر، وقد صار اشتراط التساوي في متفقي الجنس مجمعاً عليه بعد انقراض خلاف زيد بن أرقم، وأسامة وابن الزبير، ورجوع ابن عباس [٤].

وأما اشتراط التقابض في المجلس فلقوله صلى الله عليه وآله في حديث ابن عمر الذي مر "ما لم تفترقا وبينكما شيء" [٥].

قال في البحر: " حَصَلَتْ إحَالَةٌ أو كفالة أَوْ رَهْنٌ صَحَّا إنْ أَسْلَمَ الْحَوِيلُ أوَالْكَفِيلُ قَبْلَ تَفَرُّقِ الْمُتَعَاقِدَيْنِ، وَلَا يَفْسُدُ بِذَهَابِ الْحَوِيلِ أَوْ الْكَفِيلِ عَنْ [٦] الْمَجْلِسِ قَبْلَ التَّقَابُضِ إنْ بَقِيَ الْمُتَعَاقِدَانِ. انتهى [٧].

قال في الشرح: وإنما قال المؤلف عليلم في هذا الموضع لم يصح بناء على ما قد عرفته من قاعدته من أن الاحتلال إذا[٨] كان في ركن بإجماع فباطل، وإن كان في غير ذلك ففاسد، وإنما لم يشر إلى ضعف كلامهم في هذا الموضع كما في السلم لأن الفقيه س ذكر فيمن باع سبيكة وزنها ستة مثاقيل بخمسة دنانير وزنها خمسة مثاقيل أن البيع يكون فاسداً، وعلل ذلك بكون المسألة خلافية، لأن أبا حنيفة يقول لا يفسد إلا في الزائد، و ك يقول يجوز التفاضل لأجل الصنعة والدنانير فيها كذلك، أو الخلاف من يقول يجوز لا ربا إلا في الستة، ذكر ذلك في الصعيتري، وسائر تعاليق التذكرة[٩]، ففهم من ذلك أن المجمع عليه باطل والمختلف فيه فاسد، [ودل ذلك على أنهم لم يجعلوا الصرف الفاسد باطلاً كما في السلم وإنما لم يقل هناك فاسد] [١٠]كما صحح في السلم أن مختله فاسد لأن شروط الصرف

---

1 - في (ب)"فلنحو حديث".
2 -سبق تخريجه صـــ٥٧٣ .
3 - سبق تخريجه صـــ ٥٧٤ .
4 - البحر الزخار (٨ / ٤٧٧) .
5 -سبق تخريجه صـــ٥٨٣ .
6 - نهاية ورقة ٢٧٠ من (ب).
7 - البحر الزخار - (٨ / ٤٨١) .
8 - في (ب)"إن".
9 - بيان الصعيتري(خ). والتذكرة (ص ٣٧٦). والمبسوط للسرخسي(ج١٤/ص٦).والاستذكار (ج٦/ص٣٩٩).
10 - سقط من (ب).

المذكورة في بابه منها ما هو من أركان البيع التي يكون باختلالها باطلاً، ومنها ما هو شرط يكون باختلاله فاسداً فعبر عن ذلك بعدم الصحة إلى آخر ما ذكره[١].

وقوله: "أو الحصة" معناه أو لم تصح الحصة، وذلك فيما يمكن تبعيضه نحو أن يصرف خمسة دنانير بخمسة مثلها ثم تنكشف في أحد الخمستين دينار رديء عين فإنه يبطل من الصرف بقدره ولا يبطل الصرف جميعه .

قال في الغيث: فإن قلت هلا بطل جميعه إذ هو في التحقيق كأنه صرف خمسة بأربعة ومن صرف خمسة بأربعة كان العقد كله باطلاً.

قلت: الفرق بينهما أنه هنا قد وقع العقد على وجه الصحة وذلك أنه [صرف][٢] خمسة بخمسة، وهذا صرف صحيح ولو كانت الخمسة معدومة أو بعضها لما مر، والزائف في حكم المعدوم بخلاف صرف خمسة بأربعة، والعقد غير صحيح من أصله فبطل الجميع انتهى [٣].

وهذا مذهبنا وهو قول ح، وقال ك وش يبطل الجميع [٤].

قوله عليلم: " **فَيَتَرَادَّانِ**[٥] **مَا لَمْ يَخْرُجْ عَنْ الْيَدِ**" يعني أنه إذا بطل الصرف بوجه من الوجوه لم يملك أيهما ما صار إليه فيجب عليهما أن يترادا، ما كان باقياً في أيديهما، أو يد أحدهما لم يخرج[عنها] [٦].

[و] [٧] قوله عليلم: " **وَإِلَا فالْمِثْلِ فِي النَّقْدَيْنِ والْعَيْنِ فِي غَيْرِهِمَا مَا لَمْ يَسْتَهْلِكْ**" معناه [و][٨] ما لم يكن باقياً في اليد بل خرج عنها بأي وجه فالواجب حينئذ في النقد أن يرد مثله، ولا يجب عليه استفداؤه لأنه لا يتعين كما سيأتي في الغصب إن شاء الله تعالى وقد قيل أنه يجب استفداؤه أيضا.

قال في الغيث: وقد اتفق السيدان على أنه [لا] [٩] يجب استفداء النقد واختلفا في العلة، فعند المؤيد أن العلة كون العقد فاسدا فقد ملكه بالقبض فلا يلزمه ارتجاعه، لأن إخراجه عن

---

1 - الجامع في الشرح(خ) .
2 - سقط من (ب).
3 - الغيث المدرار ح٣(خ) .
4 - البحر الزخار - (٨ / ٤٩١)و الأم(ج٣/٣١) .
5 - في (ب)"فيتردان".
6 - سقط من (ب).
7 - الزيادة من (ب).
8 - الزيادة من (ب).
9 - الزيادة من (أ).

ملكه استهلاك كما مر في البيع الفاسد، وعند ط أن البيع باطل لكن الدراهم [1/] والدنانير لا يتعين فلم يجب رد عينها بعد خروجها عن اليد لما سيأتي في الغصب[إن شاء الله تعالى] [(2)]، وأما غير النقدين كالسبيكة والحلية فيجب عليه استرجاعها واستفداؤها كما في الغصب، لكن إنما يجب عليه ذلك ما لم يستهلك فإن استهلكت وجب رد مثل السبيكة وقيمة الحلية، وإنما يكون استهلاكها بأن سبكا مع غيرهما فيتعذر ردهما بعينهما [حينئذ] [(3)] لاختلاطهما بمال الغير فلا يجب الاستفداء حينئذ و[(4)] لا يجب إلا حيث يكن ردهما بعينهما، وهو هنا غير ممكن فصارتا بذلك في حكم المستهلك وإن لم يكن هذا الخلط يوجب الملك للخالط لكونه خلط [مثلي بمثلي] [(5)] فأما لو جعل السبيكة حلية والحلية سبيكة، أو نحو ذلك لم يكن استهلاكا بل يجب ردها بعينها واستفداؤها لإمكان ردها بعينها ذكر معنى ذلك في الغيث[(6)].

قوله عليلم: " **فَإِنْ أَرَادَ تَصْحِيحَهُ جُدِّدَ الْعَقْدُ [بشروطه]** [(7)] " يعني فإن وقع العقد على وجه فاسد كصرف خمسة دنانير بأربعة مثلها ثم أراد إيقاعه على وجه الصحة، وجب على من معه الزيادة أن يردها إن كان الخلل لعدم التساوي، وإن كان لعدم الحلول حدداه على وجه الصحة، وإن كان لعدم التقابض تقابضا في المجلس بعد تجديد العقد، وإن كان أحدهما [قد][(8)] استهلك ما قبضه، وصار في ذمته لم يمنع ذلك من تجديد العقد على ما في الذمة لأن ما في الذمة بمنزلة الحاضر، وإنما لم يصرح بذلك كما في الأزهار لظهوره وفهمه مما [مر] [(9)] في الربويات .

---

1 - نهاية ورقة ٢٥٨ من (أ).
2 - الزيادة من (أ).
3 - الزيادة من (ب).
4 - في (ب)"إذ ".
5 - في(ب)"مثلياً بمثله" بدل مابين المعقوفتين.
6 -الغيث المدرار ج٣(خ) .
7 - الزيادة من (ب).
8 - الزيادة من (أ).
9 - سقط من (ب).

"فَصْـــــلٌ"

وَمَتَى انْكَشَفَ فِي إحدى البدلين رَدِيءٌ عُيِّنَ أَوْ جِنْسٍ بَطَلَ بِقَدْرِهِ " فإذا صرف مثلاً خمسة دنانير، أو دراهم بمثلها أو سبيكة ذهب أو فضة بمثلها فانكشف(١) في أحد البدلين رديء عين كحديد أو نحاس، أو رديء جنس كفضة ضعيفة، أو ذهب ضعيف ليس في الطيب واللين كبدله بطل من الصرف بقدر ذلك الرديء، وصح الصرف في الباقي على المذهب، وقد تقدم ذكر الخلاف .

قوله عليلم: " **إلَّا أَنْ يُبْدَلَ النقد في الْأَوَّلُ فِي مَجْلِسِ الصَّرْفِ** " أراد بالأول رديء العين والمعنى أنه إذا أبدل العين في مجلس الصرف قبل التفرق صح الصرف جميعه لما تقدم من أن العقد مبني على الصحة، ولو فرضنا أن البدلين معدومان حال العقد إذا حصل التقابض في المجلس فكذا هنا فإن افترقا المتصارفان قبل الإبدال بطل بقدر الرديء، ولو حصل إبداله بعد المجلس فلا تأثير لذلك بعد التفرق إذ قد بطل العقد في هذا القدر لفقد شرط الصحة فيه وهو التقابض في مجلس العقد .

قوله عليلم: " **وفي الثاني فِيهِ مُطْلَقًا أَوْ فِي مَجْلِسِ الرَّدِّ إنْ رَدَّ و لَمْ يَكُنْ قَدْ عَلِمَهُ فَيَلْزَمُ ولا شَرَطَ رَدَّهُ فَافْتَرَقَا (٢)مُجَوِّزًا [لَهُ] (٣)أَوْ قَاطِعًا فَيَرْضَى أَوْ يَفْسَخُ** " أراد بالثاني رديء الجنس وحاصل الكلام في ذلك أنه إذا أنكشف في أحد البدلين رديء جنس فحصل إبداله في مجلس الصرف فإنه يصح، ويلزم [و] (٤) سواء شرط رده أو لم يشرط علم أن فيه ردياً، أم لم يعلم إلا أن يصرح بالرضا به، وذلك لأن النقد لا يتعين فكان الصرف وقع على شيء في الذمة، وقيل لأن عقد الصرف يخالف غيره من حيث أنه لا ينبرم الملك فيه إلا بالتفرق في مجلس الصرف بخلاف سائر العقد(٥) فإن الملك ينبرم فيها بمجرد العقد .

وقوله: " أَوْ فِي مَجْلِسِ الرَّدِّ " إلى قوله" فَيَلْزَمُ " [٦/] معناه أو أبدل رديء الجنس [في مجلس الرد، وهو أول مجلس يتفقان فيه بعد التفرق والعلم بالرديء.

وقيل ف: بل موضع الرد مطلقاً فإنه إذا رد فيه رديء الجنس] (٧) لزم إبداله، وصح الصرف فإن لم يبدله بطل بقدره ما لم يرض به فإن رضي به صح، وقد أشار إلى ذلك

---

1 - في (ب)"وانكشف ".
2 - في (أ)"وافترقا " وفي الأزهار ما أثبته.
3 - سقط من (ب).
4 - الزيادة من(أ).
5 - في (ب)"العقود ".
6 - نهاية ورقة ٢٧١ من (ب).
7 - سقط من(ب).

بقوله إن رد وإنما صح هنا الإبدال لأنه من باب الرد بالعيب، والعقد في أصله صحيح إذ هو فضة بفضة بخلاف رديء العين، فإنه يختل فيه شرط وهو التقابض، وإنما يلزم إبداله إن رده ولم يكن قد علمه فإن كان قد علم عند العقد أن في النقد رديء جنس لم يكن له رديء بعد ذلك كما أشار إليه بقوله " فَيَلْزَمُ " كما لو اشترى شيئاً عالماً بعيبه، هذا حاصل المذهب في هذه المسألة على ما ذكره ابن أبي الفوارس (١).

وقال القاضي زيد: إن لم يبدله في مجلس الرد بطل الصرف جميعه لكنه قد ذكر في باب السلم أنه يبطل بقدره فقط فيحمل كلامه هنا على[ذكره هناك] (٢)، وأما على قول م بالله أن الدراهم والدنانير يتعين فإنه لا يصح الإبدال مطلقاً بل يبطل بقدره في رديء العين ويرضى أو يفسخ في رديء الجنس هكذا في الغيث قال فيه: "واعلم أنه لا فرق عندنا بين أن يكون الرديء هو[الأقل] (٣) أم الأكثر".

وقال ح: في الرواية الصحيحة عنه أنه يصح الاستبدال إلى قدر النصف فإن زاد الرديء على النصف بطل بقدره (٤).

وقوله عليلم: "[و] (٥)لا شَرَط رَدَّهُ " إلى آخره يعني ولا شرط رد الرديء لأنه إذا شرط رده بطل وجوب الإبدال إذا افترقا، وهو مجوز لوجود الرديء، أو قاطع بوجوده، وسواء علم به عند العقد أم لا لكنه في هذه الصورة لا يلزمه ولو علم به لأجل أنه قد شرط رده فيخير بين فسخه وبين الرضا به بخلاف المسألة الأولى فإنه يلزمه إذا علم كما تقدم، وأما لو لم يفترقا كذلك بل افترقا، وهو قاطع بأن لا ردي ثم انكشف فإنه يصح الإبدال في مجلس الرد فيكون له المطالبة [به] (٦)، وقد بسط في الغيث(٧) وغيره الكلام في هاتين المسألتين وفيما ذكرته غنية لأنه زبدة ما ذكروه، والله الموفق .

قوله عليلم: " **وإِنْ كَانَ لِتَكْحِيلٍ فَصَلَ إِنْ أَمْكَنَ وبَطَلَ بِقَدْرِهِ وإِلَا فَفِي الْكُلِّ غالباً** "يعني فإن كانت الرداءة لأجل تكحيل في الدراهم فالواجب أن يفصل الكحل منها إن أمكن فصله، ويبطل من الصرف بقدره، وهذا إذا لم يبدل في مجلس الصرف فأما إذا أبدل فيه فإنه يصح ذلك قالوا ويضمن المصطرف قيمة الكحل إن فصله وكان له قيمة .

---

1 - الغيث المدرار ج٣(خ) وشرح الأزهار - (٣ / ١٨٤) .
2 - سقط من (ب).
3 - سقط من(ب).
4 - الغيث المدرار ج٣(خ) .
5 - سقط من (ب).
6 - الزيادة من (ب).
7 -الغيث المدرار ج٣(خ) .

قيل: وكيفية التقويم[1] أن ينظر كم بين قيمة الدراهم مكحلة وغير مكحلة فما كان بينهما فهو قيمة الكحل، فإن لم يمكن فصله بطل الصرف في الجميع لفقد العلم بالتساوي، وذلك حيث تكون مزيفة أو مكحلة كحالا[2] لا يمكن فصله [3].

قال أبو العباس: فإن كانت مزيفة انتقص الصرف إذا افترقا بقدر المزيف، وفرق بينه وبين المكحل فأن[4] الكحل يمكن فصله عن الفضة بالحك من غير أن ينقص من الفضة شيء والزئبق لا يمكن فصله عنها بالحك، وإنما يمكن ذلك بالسبك للدراهم فإذا سبكت لتخلص الفضة منه نقصت لا محالة وهذا مما يذكره السباكون فيكون في ذلك ضرر على البائع والمشتري فإن كانت الدراهم مزيفة بطل الصرف جميعه، وإن[5/أ] كان المزيف بعضها فقط بطل بقدره [6].

وقوله: "غالباً" احتراز من أن يبدل ذلك في المجلس، فإن ذلك يصح سواء كان فيما يمكن فصله أم في غيره، ويحترز أيضاً من أن يعلما قدر ذلك التكحيل بحيث لا يؤدي إلى جهل قدر المتصارف فيه ولا تفاضله في المجلس الواحد فإنه يصح وهذه زيادة من المؤلف عليلم هكذا في الشرح [7].

وإنما عدل المؤلف [عليلم] [8] في هذا الفصل عن عبارة الأزهار إلى عبارة الأثمار حيث قال في أول الفصل أحد البدلين ليدخل في ذلك غير النقدين كالسبائك إذ الحكم هنا في الجميع واحد وعبارة الأزهار لا تفيد ذلك، وأما قوله " إلَّا أَنْ يُبْدَلَ " [النقد] [9] فلأن هذا الحكم مختص بالنقد لأنه ثمن مطلقا، والثمن لا يتعين بخلاف السبائك، وأما قوله "ولا شرط" رده فلأن عبارة الأزهار توهم أن قوله، أو شرط رده عطف على أول الكلام فيفيد أن الإبدال يلزم مع تجويز الرديء أو القطع به ولا قائل مع القطع كما مر .

---

1 - في (ب)"تقويمه ".
2 - في (ب)"كحلاً ".
3 - شرح الأزهار - (٣ / ١٨٥) .
4 - في (ب)"بأن ".
5 - نهاية ورقة ٢٥٩ من (أ).
6 - البيان لابن مظفر (٦٧٨/٢) والغيث المدرار ج٣(خ) .
7 - الجامع في الشرح(خ) .
8 - الزيادة من (أ).
9 - الزيادة من (أ).

"فَصْـــــــلٌ"

لَا تُصَحِّحُهُ الْجَرِيرَةُ وَنَحْوُهَا لَا مُسَاوِيَةً لِمُقَابِلِهَا " فمن أراد الحيلة في تصحيح صرف الأقل بالأكثر من الجنس الواحد فأدخل جريرة مع الأقل لتقابل الزيادة، أو فعل نحو الجريرة[١]، وهو أن يشتري بالأقل سلعة من صاحب الأكثر ثم[٢] يبيعها منه بالأكثر، فإن الحيلة بالجريرة، وبالسلعة لا تقتضي الصحيح حتى تكون قيمة الجريرة مساوية لما[٣] قابلها من الزيادة، وكذلك السلعة تكون قيمتها مساوية لما قابلها بحيث يرضى كل واحد من المتصارفين بما أخذ عوضاً عن الآخر هذا ما حصله ط للمذهب وهو الصحيح، وأما م بالله فحمل كلام الهادي [عليلم][٤] في ذلك على الكراهة مع عدم المساواة عند م بالله، و ح أن الجريرة إذا كان لها قيمة في نفسه صح الصرف، وإن لم تكن مساوية لقيمة ما قابلها من الزيادة، حتى قال أبو حنيفة: نحو بيع دينار في خريطة بمائة دينار، وأما إذا لم يكن للجريرة قيمة في نفسها ولكن لجنسها قيمة كالحبة والحبتين، فقد اختلف في جواز ذلك على أصل المؤيد بالله، و هذا حيث تكون الجريرة من أحد الطرفين فقط، فأما إذا كانت من كلا الطرفين، فقيل ح: أن ذلك جائز وفاقا، ويقابل كل جنس الجنس وقد تقدم ذلك في مسائل الاعتبار وكذلك الكلام في السلعة [٥].

تنبيـــــه: قد شرطوا في هذا الموضع أن تكون الجريرة ونحوها مساوية لمقابلها ولم يشرطوا[٦] ذلك في باب الربويات، فقيل ح: أن ذلك من قبيل الإطلاق والتقييد فيحمل

---

1 - ما يجره الإنسان من ذنب (المصباح المنير - العصرية - (١ / ٥٤).وشرح الأزهار - (٣ / ١٨٥) والأصل في الجريرة أنه أتي إلى النبي صلى الله عليه وآله بتمر من خيبر فقال أوكل تمر خيبر هكذا فقالوا لا يا رسول الله إنا نشتري الصاع بصاعين والصاعين بثلاثة فقال صلى الله عليه وآله لا تفعلوا ولكن مثلا بمثل أو تبيع هذا وتشتري بثمنه من هذا وكذلك الميزان كالمكيال في علة الربا "، فأخذت الجريرة من هذا فان قيل ما الفرق بين هذا وبين الربويات في أنكم قلتم في الربويات إذا صحب أحد المثلين غيره ذو قيمة غلب المنفرد ولم يعتبروا المساواة الجواب من ثلاثة وجوه الأول أن ذلك مطلق مقيد بهذا وفيه نظر الثاني أن ذاك على قول وهذا على قول الثالث وهو الصحيح أن هنا قصدوا الحيلة فاعتبرنا نقيض قصدهم بخلاف ذلك فلم يقصدوا من أحد الطرفين. حاشية شرح الأزهار - (٣ / ١٨٦).

قلت: الحديث المذكور في صحيح مسلم - كِتَاب الْبُيُوعِ -بَاب إذا أَرَادَ بَيْعَ تَمْرٍ بِتَمْرٍ خَيْرٍ منه- رقم ١٥٩٣ -بلفظ "..أكل تمر خيبر هكذا قال لا والله يا رسول الله إنا لنشتري الصاع بالصاعين من الجمع فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تفعلوا ولكن مثلا بمثل أو بيعوا هذا واشتروا بثمنه من هذا وكذلك الميزان. " (ج٣/ ١٢١٥).

2 - في (ب)"و".

3 - في (ب)"بما".

4 - الزيادة من (أ).

5 -الغيث المدرار ج٣(خ). و شرح الأزهار - (٣ / ١٨٦) .

6 - في (ب)"يشترطوا".

المطلق في باب الربويات على المقيد هنا، وقال السيد ح: بل يجوز [1/] فيما تقدم وإن لم يكن لها قيمة عند الهادوية (٢).

قيل ف: والفرق أنهم قصدوا هنا الحيلة في الربا (٣)، وهناك لم يقصدوا ذلك فإن قصدوا ذلك حرم في الجميع، وإن لم يقصدوه جاز في الجميع.

قيل: وقد رجع الفقيه ح إلى هذا (٤)، وهو الذي بنى عليه المؤلف عليلم هنا وقد تقدم .

قوله عليلم: " **وَلَا يَصِحُّ فِيه قَبْلَ الْقَبْضِ [أَيُّ]** (٥) **تَصَرُّفٍ غالباً** "أي لا يصح في الصرف تصرف من أي المتصارفين في أي البدلين قبل التقابض .

وقوله: "غالباً" احتراز من حط بعض أي البدلين، أو إسقاطه في الجنسين المختلفين فإن ذلك يصح، لأنه يجوز التفاضل بينهما وأما متفقا(٦) الجنس والنقدين فلا يصح فيهما شيء من ذلك أصلاً لأن القبض في الصرف من تمام العقد كما مر، فيؤدي حط البعض قبل القبض إلى المفاضلة، وأسقط المؤلف عليلم ذكر الحط والإبراء لدخولهما تحت قوله " تَصَرُّفٍ " إن جعلنا البراء إسقاط وإن جعلناه تمليكاً لم يصح كسائر التمليكات .

وحذف أيضاً قوله: " وَيَصِحُّ حَطُّ الْبَعْضِ فِي الْمُخْتَلِفَيْنِ"(٧) لدخوله تحت قوله "غالباً" وحذف قوله " وَلَا يَحِلُّ الرِّبَا بَيْنَ كُلِّ مُكَلَّف"(٨) إلى آخره لفهم ذلك من عموم تحريم الربا وكل ذلك قصد للاختصار .

تنبيـــــهٌ: والقول بأن الربا لا يحل في دار الحرب هو مذهب القاسمية لعموم الدليل، وقال الناصر وأبو حنيفة: يجوز في دار الحرب بين مسلمين أسلما ولم يهاجرا، وبين الذميين وبين الذمي والمسلم ولم يذكر عنهما حيث كانا حربيين أو أحدهما، ولعلهما لا يفرقان وجه ذلك عنهما أن دار الحرب دار إباحة (٩).

قال في الغيث: فإن قلت لم لا يجوز معاملتهم بالربا، ولنا أن نتوصل إلى أموالهم بالتلصص لأنها مباحة ؟

---

1 - نهاية ورقة ٢٧٢ من (ب).
2 - الغيث المدرار ج٣(خ) .
3 - المرجع السابق.
4 - المرجع السابق.
5 - الزيادة من (أ).
6 - في (ب)"متفقي".
7 - الأزهار - (١ / ١٠٨).
8 - المرجع السابق.
9 - البحر الزخار - (٨ / ٢١٠) .

الجواب أنه إنما يجوز التوصل إلى المباح بما لا يكون محظوراً في الصورة فأما المحظور فلا كبيع قتلى الكفار [من الكفار] [١]، وكما لا يجوز الرشوة على ظاهر المذهب ليحكم له بالحق والتلصص مخصوص انتهى [٢].

---

1 - سقط من (ب).

2 - الغيث المدرار ج٣(خ) .

"فَصْـــــلٌ"

[حكم اختلاف المتبائعين]

وَإِذَا اخْتَلَفَ الْبَيْعَانِ فَالْقَوْلُ لِمُنْكِرِ خلاف الأصل" هذا الفصل معقود لبيان حكم اختلاف المتبائعين، واختلافهما قد يكون في العقد، وفي المبيع وفي الثمن، وقد دخل جميع ذلك تحت عبارة الأثمار فإذا اختلفا في أصل العقد فالقول لمنكر وقوعه منهما لأن الأصل عدم وقوعه، وسواء كان المنكر لذلك هو البائع أم المشتري لكن حيث يكون المنكر هو المشتري، ويقر البائع بقبض الثمن وتكون العين المبيعة لبيت المال، وإن لم يقر البائع فلا بيع ذكره الفقيه ف وإن أقر بقبض بعض الثمن فلعله يباع المبيع ويوفي من ثمنه والباقي لبيت المال ذكره في الغيث [1].

فإن اتفقا على وقوع العقد لكن ادعى احدهما وقوع فسخ فيه بينهما، فالقول لمنكر الفسخ منهما لأن الأصل عدم وقوعه، ولا خلاف في هاتين الصورتين، وأما حيث ادعى أحدهما فساد العقد وأنكره الآخر، فالقول لمنكر الفساد عند الهادي والقاسم، وأحد قولي م بالله، والإمام ح وش إذ الظاهر في عقود المسلمين الصحة، وعلى الأظهر من قولي م بالله أن القول لمنكر الصحة إذ هو لمنكر[2] الوقوع [3].

قلنا: إذا تصادقا على وقوع العقد فالظاهر ثبوت حكمه إلا لمانع، والأصل عدمه.

[و] [4] قال أبو العباس والمنصور وأبو حنيفة والقاضي زيد: إن أنكر صحة العقد لعدم شرط هو ركن أي يبطل به البيع قبل قوله "إذ الأصل عدم وقوع ذلك الشرط وإلا بين إذ الأصل الصحة [5]. لنا ما تقدم .

قال في البحر: إلَّا حَيْثُ اخْتَلَفَا فِي التَّقَابُضِ فِي الْمَجْلِسِ فِي الصَّرْفِ وَالسَّلَمِ إذْ الْأَصْلُ عَدَمُهُ [6].

---

1 - الغيث المدرارج٣(خ) .

2 - في (ب)"كمنكر".

3 - البحر الزخار - (٩ / ١٢٧). و الحاوي الكبير (ج٥/ص٢٩٦).

4 - الزيادة من (ب).

5 - المرجع السابق والمبسوط للسرخسي (ج١٣/ص٣٥) .

6 - البحر الزخار - (٩ / ١٢٨) .

[و] [١] قال في الغيث: قلت وهذا مبني على أن الاختلاف بين البيعين وقع في جهة قل ما يتعاملون فيها بالعقود الفاسدة بل أكثر معاملتهم بالعقود الصحيحة، فأما لو فرضنا أن أكثر معاملاتهم واقعة على وجه فاسد فالقول قول من يدعي [وقوعه] [٢] على ذلك الوجه.

قال أبو مضر: فإن أقاما جميعاً البينة كانت بينة من يدعي الصحة أولى، وإنما كان كذلك مع أن من كان عليه البينة في الابتداء فبينته أولى عند الاجتماع لأنا نحمل الشهود هنا على السلامة، وهو أنه [قد] [٣] وقع عقدان صحيح وفاسد فيحكم بالصحيح تقدم أم تأخر، هذا إذا لم تتكاذب البينتان فإن تكاذبتا بأن أضافتا إلى وقت واحد أو تصادق البيعان أنه[٤/] لم يقع بينهما إلا عقد واحد، فإنهما يبطلان، ويكون الكلام كما لو لم يكن ثمة بينة ولا فرق عند أهل المذهب بين أن يدعي الفساد على جهة الإجمال أم على جهة التفصيل، ولا بين أن يقول فاسدا بعت، أو يقول بعت فاسدا على الأصح [٥].

قال في الشرح: قال المؤلف عليلم ما معناه فأما[٦] قولهم في النكاح وفي هذا الباب وغيرهما أنه إذا كان في المسألة أصلان فالمؤيد يعتبر الأصل الأول مثلاً، والهدوية يعتبرون الأصل الثاني فلا يستقيم أن يقال أن المؤيد في الاختلاف في الفساد والصحة يقول أن الأصل أن لا عقد لأن العقد قد ثبت ضرورة، وإنما يقال الأصل عدم الشرط الذي يقع فيه المنازعة، وذلك أن دعوى الفساد إذا كانت على جهة الجملة كان القول قول مدعي الصحة إجماعاً وقد تأول كلامهم حيث قالوا أن الأصل أن لا عقد بأن المراد الأصل ألا[٧] عقد على الوجه الصحيح، وأما على الوجه الفاسد فقد تصادقا عليه [يعني على أصل العقد][٨] [٩].

قال عليلم: وفي ذلك تسامح ومن ذلك أن يختلفا في الخيار أو الأجل فيدعي أحدهما أنه اشترط الخيار وينكر الآخر ذلك أو يدعي المشتري التأجيل بالثمن، وينكر ذلك البائع فإن القول لمنكر الخيار والأجل إذ الأصل عدمهما فإن تصادقا على الخيار والأجل لكن اختلفا في قدر المدة أو في مضيها فإن القول لمنكر أطول المدتين ولمنكر مضي المدة إذ الأصل

---

1 - الزيادة من (ب).
2 - الزيادة من (أ).
3 - الزيادة من (أ).
4 - نهاية ورقة ٢٦٠ من (أ).
5 - الغيث المدرار ج٣(خ) .
6 - في (ب)"وأما".
7 - في (ب)"أن لا".
8 - الزيادة من (أ).
9 -الجامع في الشرح(خ) .

القلة وعدم المضي فإن ادعى من له الخيار أنه قد كان انفسخ قبل انقضاء المدة فالبينة [1/] عليه إذ الأصل عدم الفسخ كما تقدم ومن ذلك أن يختلفا في قبض المبيع فيدعيه أحدهما وينكره الآخر، فإن القول لمنكر قبضه إذ الأصل عدمه وكذا الكلام في قبض الثمن فإن قال المشتري لم أقبض إلا بعض المبيع.

وقال البائع: بل قبضته كاملاً أو يقول البائع قبضت أكثر من قدر المبيع وينكر ذلك المشتري فإن القول للمشتري في الصورتين لأن الأصل عدم الكمال، وعدم الزيادة، فأما لو قال المشتري قبضت المبيع ناقصاً، وينكر ذلك البائع فإن البينة تكون على المشتري لأنه أقر بالقبض فلا يقبل دعواه النقض، ومن ذلك أن يدعي المشتري عيباً في المبيع، وينكر ذلك البائع فإن البينة على المشتري لأن الأصل السلامة من العيب، وكذا حيث اتفقا على حصول أمر في المبيع فادعى المشتري [أن ذلك] [2] عيب وأنكر ذلك البائع، وأما حيث أقر البائع بالعيب، ولكن أنكر أن يكون من قبل القبض المشتري، وادعى المشتري ذلك فإن كان العيب مما يحتمل أنه من قبل قبض، وأنه حدث بعده فالقول للبائع أيضاً لا حيث يعلم تقدمه كالأصبع الزائدة والجراحة الخبيثة مع قرب الوقت، فيقبل في ذلك قول المشتري من دون يمين، وحيث يعلم حدوثه مع المشتري كالجراحة الطرية مع مضي مدة طويلة منذ القبض فيقبل قول البائع كذلك ذكر معناه في الغيث [3].

فإن ادعى البائع رضا المشتري بالعيب، وأنكر المشتري فالبينة أنه أكثر مما أقربه البائع، فالقول للبائع لأن الأصل بقاء الملك له فيما لم يقر به ذكره ابن أبي الفوارس، وأشار في الأزهار إلى ضعفه [4]، لأن ط حصل للمذهب أنهما يتحالفان، ويبطل البيع إن لم يبين أحدهما إذ كل منهما مدعٍ [5].

قوله عليلم:" **وَإِذَا قَامَتْ بَيِّنَتَا بَيْعِ الْأَمَةِ وَتَزْوِيجِهَا اُسْتُعْمِلَتَا** "فإذا ادعى شخص على آخر أنه باع منه أمة وادعى الآخر أنه تزوجها منه، وبين كل منهما فإنه يجب استعمال البينتين حيث يمكن[6] فيحكم بالبيع وبالتزويج حملاً للشهود على السلامة فيثبت للمشتري الملك ويبطل النكاح إذ[7] الشراء يرفع النكاح إن تأخر ويمنعه إن تقدم إذ لا يتزوج مملوكته.

1 - نهاية ورقة ٢٧٣ من (ب).
2 - في (ب) "أنه".
3 - الغيث المدرار ج٣(خ) .
4 - الأزهار - (١ / ١١١).
5 -الغيث المدرار ج٣(خ) .
6 - في (ب)"أمكن".
7 - في (ب)"إذا".

قال في الغيث: حاصل الكلام في ذلك أنهما لا يخلوا[١] إما أن يكون لأحدهما بينة أو لكل واحد منهما بينة، أو لا بينة لواحدٍ منهما إن كان لأحدهما بينة فلا يخلو إما أن تشهد بالبيع أو بالتزويج إن شهدت بالبيع استحق البائع الثمن على الآخر والمشهود عليه باق لملك الأمة فالقياس أنهما لبيت المال لكن لما حكمنا [عليه بالثمن استحقها عوضاً عنه، وإن شهدت بالتزويج حكم به ومالكها نافٍ للمهر فالقياس أنه يكون لبيت المال لكي لما حكمنا] [٢] له بالجارية استحق عوض بضعها وأما إذا أقاما جميعاً البينة فإما أن يمكن استعمالهما، وذلك حيث يطلقان أو يضيفان إلى وقتين أو تطلق إحداهما وتؤرخ الأخرى أو لا يمكن استعمالهما بأن تضيفا إلى وقت واحد إن أمكن استعمالهما وجب وكان بينة من يدعي الثمن أولا لكن إن تقدم البيع فالتزويج لغو وإن تقدم التزويج حكم به وبالبيع لكن البيع يبطل النكاح هذا حيث أطلقتا فإن أضافتا إلى وقتين فكما ذكر في المطلقتين، وإن أطلقت إحداهما وأرخت الأخرى فإن أرخت بينه البيع فلا حكم للنكاح وإن أرخت بينة النكاح حكم بالبيع أيضاً كالمؤرختين، وإن لم يمكن استعمالهما كان كما لو لم تبينا وسيأتي انتهى [٣].

قوله عليلم: " **فَإِنْ حَلَفَا أَوْ نَحْوُهُ بقيت لِلْمَالِكِ** "يعني فإن لم يكن لأيهما بينة لكن حلفا جميعاً أو نحو الحلف، وهو أن ينكلا كلاهما تهاترت اليمينان و[٤] النكولات، وبقيت الأمة للبائع وبطل العقدان والوجه في ذلك أن كلاً منهما مدعٍ ومدعى عليه.

قال في البحر: وقد قال صلى الله عليه وآله "تَحَالَفَا وَتَرَادَّا الْبَيْعَ" انتهى [٥].

قال في التلخيص: أَمَّا رِوَايَةُ التَّحَالُفِ فَاعْتَرَفَ الرَّافِعِيُّ في التَّذْنِيبِ أَنَّهُ لَا ذِكْرَ لها في شَيْءٍ من كُتُبِ الحديث وَإِنَّمَا تُوجَدُ في كُتُبِ الْفِقْهِ وَكَأَنَّهُ عَنَى الْغَزَالِيَّ فإنه ذَكَرَهَا في الْوَسِيطِ و تَبِعَ إمَامَهُ في الْأَسَالِيبِ وَأَمَّا رِوَايَةُ التَّرَادِّ فَرَوَاهَا مَالِكٌ بَلَاغًا عن ابن مَسْعُودٍ وَرَوَاهَا أَحْمَدُ وَالتِّرْمِذِيُّ وابن ماجة بِإِسْنَادٍ مُنْقَطِعٍ، إلى آخر ما ذكره والله أعلم [٦].

قوله عليلم:" **لا عتقها وشرائها فالعتق قَبْلَ الْقَبْضِ والشِّرَاءِ بَعْدَهُ إنْ أَطْلَقَتَا** " فإن ادعى شخص أنه اشترى أمة من مالكها وأقام البينة بذلك، وادعت الأمة أن مالكها اعتقها وأقامت البينة بذلك فإن البينتين لا تستعملان كلاهما بل يقال إن وقع التداعي قبل قبض مدعي الشراء للأمة حكم بعتقها لأن العتق قوي النفوذ وإن وقع التداعي بعد قبضه لها حكم ببنية

---

1 - في (ب)"يخلوان".
2 - الزيادة من (أ).
3 - الغيث المدرار ج٣(خ) .
4 - في (ب)"أو".
5 - البحر الزخار (٩ / ١٣١) .
6 - التلخيص الحبير (ج٣/ص٣١) .

الشراء لأن القبض دليل تقدم الشراء، وهذا التفصيل حيث أطلقت البينتان فإن أرختا عما بالمتقدمة فإن أرخت إحداهما، وأطلقت الأخرى حكم بالمؤرخة للحكم بتقدمها على المختار فإن لم يكن لأيهما بينة حكم لمن أقر له البائع [فإن حلف لهما كليهما بقيت له، وإن نكل أو أقر لهما كليهما عتقت، وبيعت بنصف قيمتها للبائع] [١]لا للمشتري لأنها كالتالف قبل القبض ذكره الفقيه ع، وقيل ف: بل يحكم بالسابق من النكولين أو الإقرارين فإن قال فعلتهما معاً رجح العتق مع السعاية كما مر [٢].

قوله عليلم: " **ولبائع فِي نَفْيِ الاقباض** " أي القول للبائع في عدم إذنه[٣][٤/] للمشتري بقبض المبيع والبينة على المشتري أنه إذا قبضه بإذنه لأن الأصل عدم الاقباض، وهو مستحق لحبس المبيع حتى يقبض الثمن، وحذف المؤلف عليلم قوله في الأزهار "لم يقبض الثمن"[٥] لأنه إذا كان قد قبض الثمن فلا فائدة لإنكاره الاقباض إذ للمشتري حينئذ أن يقبض المبيع من البائع كرهاً فلو اتفقا على أن [المبيع] [٦]القبض وقع بالإذن، ولكن اختلفا في قبض الثمن فالمذهب أن القول قول البائع لأن الأصل عدم قبض الثمن وعند الشافعي أن الظاهر قبضه إذا كان المشتري قد قبض المبيع[٧].

قوله عليلم: " **ولِلْمُسَلَّمِ إلَيْهِ فِي قِيمَةِ رَأْسِ الْمَالِ بَعْدَ التَّلَفِ** " يعني حيث فسد السلم أو تفاسخ المسلم والمسلم إليه بعد أن تلف رأس المال في يد المسلم إليه وهو قيمي، واختلفا في قدر قيمته فإن [٨/] القول في قدرها للمسلم إليه والبينة على المسلم لأنه يدعي الزيادة.

قوله عليلم: "**وفيما بكون كل مدعياً ومدعى عليه كنحو جنس المبيع قبل القبض ولا نحو بينة يَتَحَالَفَانِ ويَبْطُلُ غَالِبًا** " فإذا اختلف البيعان أو المسلم و المسلم إليه في جنس المبيع أو المسلم فيه نحو أن يقول المشتري أو المسلم اشتريت منك براً، أو أسلمت إليك في بر ويقول الآخر بل[في] [٩] شعير[١٠]، وأراد المؤلف [عليلم] [١١] بنحو الجنس عين المبيع ونوعه وصفته ومكانه، نحو أن يقول البائع بعت منك هذا الثوب، فيقول المشتري بل هذا، أو يقول

---

1 - سقط من (ب).
2 - شرح الأزهار (٣ / ٢٠١) .
3 - في (ب)"إذن".
4 - نهاية ورقة ٢٧٣ من (ب).
5 -الأزهار - (١ / ١١١) بنحوه .
6 - الزيادة من (ب).
7 - البحر الزخار (٨ / ٢٣٩).و شرح الأزهار (٣ / ٢٠٢). و المهذب (ج١/ص٢٩٤) .
8 - نهاية ورقة ٢٦١ من (أ).
9 - الزيادة من (أ).
10 - في (ب)"شعيراً".
11 - الزيادة من (أ).

بعت منك تمراً صيحانياً فيقول بل برنياً أو يقول [بل] [1] براً أبيض، فيقول بل أحمراً أو يقول المسلم شرطت عليك الإيفاء في البلد، فيقول بل في السواد فإنه إذا لم يكن المشتري قد قبض المبيع، واختلفا في أي هذه الأمور ولا بينة لأحدهما ولا نحو البينة، وهو علم الحاكم، أو نكول من عليه[2] اليمين فإن كل واحد منهما مدع ومدعى عليه فيتحالفان، ويبطل العقد حينئذ للخبر المتقدم، وفيه ما مر.

قال في الغيث: ذكر ذلك أصحاب ح وقرره أصحابنا خلا أنهم لم يذكروا كون الاختلاف قبل القبض أم[3] بعده بل أطلقوا.

قلت: ولا بد من اعتباره عندنا لأن المشتري إذا كان قد قبض المبيع فالظاهر معه لأن البائع يدعي الغلط فيما سلم وقد تقدم أن عليه البينة في دعوى الغلط في الزيادة فكذا الجنس ونحوه .

قوله: "غالباً" احتراز من الزيادة في الصفة فإنه يجب على المشتري قبولها للتسامح في ذلك انتهى [4].

قوله عليلم: "**فَإِنْ بَيَّنَا فَلِلْمُشْتَرِي إنْ أَمْكَنَ عَقْدَانِ وَإِلَّا بَطَلَ**"حاصل ذلك أنهما إذا اختلفا في الأمور المذكورة فإن لم يكن لأيهما بينة فالكلام كما تقدم، وإن بين احدهما فقط عمل ببنته وإن أقاما البينة كلاهما حكم ببينة المشتري، وإنما يحكم ببينته حيث يمكن أنه قد وقع بينهما عقدان، وذلك حيث لا يضيفان إلى وقت واحد ولا تصادقا على أنه لم يقع بينهما إلا عقد واحد فيحمل على أنه قد وقع بينهما عقدان كل عقد على جنس لكن البائع نافٍ لبيع أحد الجنسين والمشتري نافٍ للآخر فألزم البائع تسليم ما بين به المشتري والبائع مصادق في قدر الثمن فأعطى ما ادعاه وهو الذي قامت به بينة المشتري، وإن لم يمكن عقدان بأن[5] يضيف البيتان إلى وقت واحد، أو يتصادق البيعان بأنه لم يقع بينهما إلا عقد واحد بطل العقد لحصول الجهالة في المبيع والثمن مع تساقط البينتين وكذا يكون الكلام في سائر الأمور التي عبر عنها بنحو الجنس والله أعلم .

قوله عليلم: " **وللمسلم إليه في نحو[6] قبض الثَّمَن قبل التفرق** "

---

1 - الزيادة من (أ).

2 - كررت في(ب) مرتين فحذفت إحداهما.

3 - في (ب)"أو".

4 - الغيث المدرار ج٣(خ) .

5 - في (ب)"بل".

6 - في (ب)"نفي".

فإذا[1] أنكر المسلم إليه قبض الثمن في مجلس العقد قبل تفرقهما كان القول له لأن الأصل عدم قبضه، وأما حيث أنكر بعد تفرقهما فالبينة عليه لأنه مدعي فساد العقد إذ من شرط صحته التقابض وقد تقدم أن البينة على مدعي الفساد على المختار، والقول لمنكره وإنما حذف المؤلف عليلم قوله في الأزهار " ثُمَّ لِلْبَائِعِ فِي نَفْيِ قَبْضِهِ مُطْلَقًا"[2] يعني الثمن، لأن هذه المسألة قد فهمت من أول الفصل لأن الأصل عدم التقابض[3] وإنما ذكر ذلك في السلم لما فيه من التفصيل المذكور.

قوله عليلم: " **لهب والقول للبائع في قَدْرِهِ وجِنْسِهِ ونَوْعِهِ وَصِفَتِهِ قَبْلَ تَسْلِيمِ الْمَبِيعِ** " وجه ما ذكره أهل المذهب ما تقدم من أن البائع له حبس المبيع قبل تسليمه إلى المشتري حتى يستوفي الثمن فيكون القول له فيما ذكر لأنه لا يلزمه تسليم المبيع إلا بما ادعاه من الثمن، أو بما صح عليه بالبينة، ولكن هذا حيث يكون المشتري هو الطالب لتسليم المبيع، وأما حيث يكون البائع هو الطالب لتسليم الثمن فعليه البينة لأنه يدعي الزيادة .

قيل : ذكره في الشرح [4]، والفقيه ع فأما حيث اختلفا فيما ذكر بعد تسليم البائع للمبيع إلى المشتري فالقول للمشتري في ذلك كله.

قال في الغيث: وهذا إذا كان المبيع قد تلف، أو خرج عن يده ببيع أو هبة فإن كان باقياً فثلاثة[5] أقوال:

عند الهادي القول قوله مطلقاً، وهو الذي في الأزهار، وعند أبي العباس والفقهاء يتحالفان ويترادان المبيع، وعند المؤيد إن كان الاختلاف في الجنس والنوع والصفة تخالفا، وترادا كقول ع.

وإن كان في القدر فقولان:

الأول مع الهادي، والثاني التحالف والمراده.

قال أبو مضر: هذا حيث طلب غير نقد البلد أما لو طلب احدهما نقد البلد فالقول له قولاً واحداً للمؤيد وجعله تلفيقاً انتهى [6].

---

1 - في (ب)"فإن".
2 - الأزهار - (١ / ١١١).
3 - في (ب)"القبض".
4 -الجامع في الشرح(خ) .
5 - في (ب)"فثلثة".
6 -الغيث المدرار ج٣(خ) .

وأشار المؤلف عليلم إلى ضعف جعل ذلك للمذهب على ما ذكر[1] من التفصيل كما هو في التذكرة والأزهار [2].

قال: والصحيح أن القول للمشتري في قدر الثمن وجنسه ونوعه وصفته مطلقاً سواء كان ذلك قبل أن يتسلم المشتري المبيع أم بعده، وسواء كان هو الطالب للمبيع أو [البايع هو الطالب] [3] للثمن هو المذكور في البحر للقاسمية والناصر وأبي ثور وابن شبرمة و زفر، وذلك لأن البائع مصادق للمشتري في ملكه للمبيع على كل حال فلا تأثير لذلك التفصيل لأن الدعوى حينئذ لم يكن إلا في الثمن فكان ذلك كالاختلاف في الدين في أن البينة على مدعي الأكثر إذ الأصل عدم لزوم ما يدعيه.

قلت: والذي في البحر ما لفظه " مَسْأَلَةٌ " القاسمية والناصر وزفر وأبو ثور وابْنُ شُبْرُمَةُ: وَالْقَوْلُ لِلْمُشْتَرِي فِي قَدْرِ الثَّمَنِ سَوَاءٌ كَانَ الْمَبِيعُ تَالِفًا أَمْ بَاقِيًا فِي يَدِ الْمُشْتَرِي أَوْ الْبَائِعِ إذْ الْبَائِعُ يَدَّعِي الزِّيَادَةَ وَهُوَ مُصَادِقٌ عَلَى بُطْلَانِ مِلْكِهِ .

أحد قولي المؤيد: الْقَوْلُ لَهُ فِي الْقَدْرِ لِمَا مَرَّ.

وَيَتَحَالَفَانِ فِي الْجِنْسِ وَالنَّوْعِ وَالصِّفَةِ، إذْ لَا ظَاهِرَ مَعَ أَيِّهِمَا[إلا] [4] حَيْثُ يَدَّعِي أَحَدُهُمَا مَا يَتَعَامَلُ بِهِ فِي الْبَلَدِ فَالْقَوْلُ لَهُ دُونَ الْآخَرِ.

أحد قولي م بالله: بَلْ كُلٌّ مِنْهُمَا مُدَّعٍ إذْ لَا ظَاهِرَ مَعَ أَيِّهِمَا فِي الْقَدْرِ، وَلَا فِي الصِّفَةِ فَإِنْ بَيَّنَا أَوْ حَلَفَا أَوْ نَكَلَا بَطَلَ وَإِنْ بَيَّنَ أَوْ حَلَفَ أَحَدُهُمَا فَقَطْ حُكِمَ لَهُ أَوْ نَكَلَ أَحَدُهُمَا حُكِمَ لِلْآخَرِ.

أبو حنيفة وأبو يوسف وإحدى الروايتين عن ك: الْقَوْلُ لِلْمُشْتَرِي مَعَ التَّلَفِ مُطْلَقًا وَمَعَ الْبَقَاءِ يَتَحَالَفَانِ، وَيَتَرَادَّانِ لِقَوْلِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ[5]" إذَا اخْتَلَفَ الْمُتَبَايِعَانِ وَالسِّلْعَةُ قَائِمَةٌ تَحَالَفَا وَتَرَادَّا الْبَيْعَ "[6].

---

1 - في (ب)"ذكره".

2 -التذكرة الفاخرة(ص٣٨٤)و الأزهار - (١ / ١١١) .

3 - في (ب)" الطالب هو البايع "بدل ما بين المعقوفتين.

4 - سقط من (أ).

5 - نهاية ورقة ٢٦٢ من (أ).

6 - أخرجه الطبراني في المعجم الكبير-الاخْتِلافُ عَنِ الأَعْمَشِ في حديث عبد اللَّهِ أَنَّ النبي صلى اللَّهُ عليه وسلم قال عَلَيْكُمْ بِالْبَاءَةِ -باب- رقم١٠٣٦٥ (ج١٠/ص١٧٤) و الدارمي (عبد الله بن عبد الرحمن أبو محمد الدارمي)في سننه -باب إذا اخْتَلَفَ الْمُتَبَايِعَانِ -رقم٢٥٤٩ - دار الكتاب العربي - بيروت - ١٤٠٧، ط١، تحقيق: فواز أحمد زمرلي، خالد السبع العلمي (ج٢/ص٣٢٥). قال الألباني: تعليقاً على حديث "إذا اختلف المتبايعان وليس بينهما بينة فالقول ما يقول صاحب السلعة أو يترادان " رواه أحمد وأبو داود والنسائي وابن ماجه وزاد فيه : " والبيع قائم بعينه " ولأحمد في رواية " والسلعة كما هي " وفي لفظ : " تحالفا ") صحيح . دون اللفظ الأخير . وله عنه ست . إرواء الغليل (٥ / ١٦٦).

قُلْنَا:مُعَارَضٌ بِرِوَايَةِ ابن مسعود " وإِذَا اخْتَلَفَ الْمُتَبَايِعَانِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْبَائِعِ وَيُخَيَّرُ الْمُشْتَرِي "[١].

سَلَّمْنَا فَالْمُرَادُ قَبْلَ قَبْضِ الْمَبِيعِ جَمْعًا بَيْنَ الْأَخْبَارِ .

الشافعي ومحمد، وإحدى الروايتين عن مالك بَلْ كُلٌّ مِنْهُمَا[/٢] مُدَّعٍ[٣] مُطْلَقًا إِذْ الْبَائِعُ يَدَّعِي الْعَقْدَ عَلَى أَلْفَيْنِ وَالْمُشْتَرِي عَلَى[٤] أَلْف لَكِنْ إِنْ بَيَّنَا حُكِمَ لِمُدَّعِي الزِّيَادَةِ وَإِنْ تَحَالَفَا انْفَسَخَ الْعَقْدُ إِمَّا بِالتَّحَالُفِ أَوْ بِفَسْخِ الْحَاكِمِ أَوْ تَفَاسُخِهِمَا كَمَا سَيَأْتِي.

إحدى الروايتين عن ك الْقَوْلُ بَعْدَ قَبْضِ الْمَبِيعِ لِلْمُشْتَرِي إِذْ الْقَبْضُ أَمَارَةُ رِضَا الْبَائِعِ وَقَبْلَ الْقَبْضِ يَتَحَالَفَانِ لِلْخَبَرِ .

لَنَا تَصَادُقُهُمَا عَلَى خُرُوجِ السِّلْعَةِ عَنْ مِلْكِ الْبَائِعِ يَقْتَضِي مِلْكَ إِيَّاهَا وَعَلَى الْبَائِعِ الْبَيِّنَةُ فِيمَا يَدَّعِي مِمَّا أَنْكَرَهُ الْمُشْتَرِي مِنْ الزِّيَادَةِ أَوْ الْجِنْسِ.

قُلْت: التَّحْقِيقُ أَنَّ الْقَوْلَ فِي الثَّمَنِ لِمُدَّعِي مَا يُتَعَامَلُ بِهِ فِي الْبَلَدِ مِنْ الْأَجْنَاسِ حَيْثُ اسْتَوَيَا فِي الْقَدْرِ إِذْ الظَّاهِرُ مَعَهُ ثُمَّ لِلْبَائِعِ فِي نَفْيِ قَبْضِهِ مُطْلَقًا إِذْ الْأَصْلُ عَدَمُهُ إِلَّا فِي السَّلَمِ فَفِي الْمَجْلِسِ فَقَطْ إِذْ الظَّاهِرُ بَعْدَ التَّفَرُّقِ الصِّحَّةُ، وَأَمَّا فِي قَدْرِهِ وَجِنْسِهِ وَصِفَتِهِ فَلِلْمُشْتَرِي بَعْدَ قَبْضِ الْمَبِيعِ لِمَا مَرَّ .

قيل: وَإِذَا قَبَضَهُ مَعِيبًا فَلَهُ أَنْ يَحْلِفَ مَا قَبَضَ ثَمَنَ سِلْعَتِهِ إِذْ الْعَقْدُ يَقْتَضِي ثَمَنًا صَحِيحًا وَهِيَ حِيلَةٌ يَدْفَعُ بِهَا إِنْكَارَ[٥] الْمُشْتَرِي لِعَيْبِ الثَّمَنِ انتهى بلفظه[٦].

مسألة: وإذا وجب التحالف بين البيعين بدأ الحاكم بأيهما شاء على الأرجح إذ لا مزية .

وقيل: [بل] [٧] بالمشتري، وقيل بالبائع والواجب على كل واحد منهما يمين واحدة فيها نفي واثبات، وتقدم النفي على الإثبات فيقول البائع مثلاً والله ما بعته [منك] [٨] بألف، ولقد بعته بألفين ثم يقول المشتري والله ما اشتريته بألفين، ولقد اشتريته بألف وإذا تحالفا لم يبطل

---

1 - لقد ذكر المصنف الحديث بالمعنى، وأصله في سنن أبي داود -كتاب الْإِجَارَة - بَاب إِذَا اخْتَلَفَ الْبَيِّعَانِ وَالْمَبِيعُ قَائِمٌ - رقم٣٥١١ بلفظ " إِذَا اخْتَلَفَ الْبَيِّعَانِ وَلَيْسَ بَيْنَهُمَا بَيِّنَةٌ فَهُوَ مَا يَقُولُ رَبُّ السِّلْعَةِ أَوْ يَتَتَارَكَانِ "(ج٣/ص٢٨٥)وسنن النسائي الكبرى - كتاب البيوع - اختلاف المتبايعين في الثمن –رقم ٦٢٤٤ –بلفظ" إذا اختلف البيعان وليس بينهما بينة فهو ما يقول رب السلعة أو يتركا "(ج٤/ص٤٨).والحديث صحيح . ينظر إرواء الغليل - (٥ / ١٦٦).

2 - نهاية ورقة ٢٧٥ من (ب).

3 - في (أ)"مدعي".

4 - في (أ)"يدعي".

5 - في (أ)"لها"وفي البحر ما أثبت.

6 -البحر الزخار - (٩ / ١٣٤) و التمهيد لابن عبد البر (ج٢٤/ص٢٩٥) .

7 - الزيادة من (أ).

8 - الزيادة من (أ).

العقد بمجرد التحالف بل بالفسخ إذ العقد وقع صحيحاً، واستقر الملك فلا يرتفع إلا بحكم أو تراض، وكلو بينا جميعاً، وفي كون الفسخ إليهما، أو إلى الحاكم وجوه الأرجح أنه إلى الحاكم لأجل الخلاف . وقيل : [بل] [١] إلى من شاء منهما.

وَفِي انْفِسَاخِهِ ظَاهِرًا وَ[٢] بَاطِنًا وُجُوهٌ ثَلَاثَةٌ:

الأول: يَنْفَسِخُ فِيهِمَا كَفَسْخِ اللِّعَانِ وَالْعَيْبِ.

الثاني: وَفِي الظَّاهِرِ فَقَطْ إذْ مُوجِبُهُ جَهَالَةُ الثَّمَنِ وَإِنَّمَا يُجْهَلُ ظَاهِرًا.

الثالث: إنْ كَانَ مُدَّعِي[٣] الزِّيَادَةَ فِي الثَّمَنِ ظَالِمًا انْفَسَخَ في الظاهر فَقَطْ، إذْ هُوَ غَاصِبٌ فِي الْبَاطِنِ وَإِلَّا فَظَاهِرًا وَبَاطِنًا، إذْ لَيْسَ بِغَاصِبٍ، إذْ خُرُوجُهُ عَنْ مِلْكِهِ مَعْقُودٌ بِالْإِيفَاءِ، وَلَمْ يَحْصُلْ. ذكر معنى ذلك جميعه في البحر [٤].

تنبيـــــهٌ: قوله صلى الله عليه وآله " إذا اخْتَلَفَ الْمُتَبَايِعَانِ وَالسِّلْعَةُ قَائِمَةٌ " إلى آخره لفظه في التلخيص" وفي رِوَايَةٍ إذا اخْتَلَفَ الْمُتَبَايِعَانِ وَالسِّلْعَةُ قَائِمَةٌ وَلَا بَيِّنَةَ لِأَحَدِهِمَا تَحَالَفَا" رَوَاهَا عبد اللَّهِ بن أَحْمَدَ [٥] في زِيَادَاتِ [٦]الْمُسْنَدِ من طَرِيقِ الْقَاسِمِ [٧]بن عبد الرحمن[٨] عن جَدِّهِ[٩]، وَرَوَاهَا الطَّبَرَانِيُّ وَالدَّارِمِيُّ[١٠]من هذا الْوَجْهِ، فقال عن الْقَاسِمِ عن أبيه عن ابن مَسْعُودٍ وَانْفَرَدَ بِهَذِهِ الزِّيَادَةِ وَهِيَ قَوْلُهُ" وَالسِّلْعَةُ قَائِمَةٌ " ابن أبي لَيْلَى وهو محمد بن عبد الرحمن الْفَقِيهُ ،وهو ضَعِيفٌ سيء الْحِفْظِ، وَأَمَّا قَوْلُهُ فيه "تَحَالَفَا" فلم يَقَعْ عِنْدَ أَحَدٍ منهم وَإِنَّمَا عِنْدَهُمْ، والقول قول البائع، أو يترادان الْبَيْعَ [١١] انتهى[١٢].

---

1 - الزيادة من (أ).

2 - في (ب)"أو".

3 - في (أ)"يدعي"وفي البحر ما أثبته.

4 - البحر الزخار - (٩ / ١٤٦) .

5 -هو عبد الله بن أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني البغدادي، أبو عبد الرحمن: حافظ للحديث، من أهل بغداد. له " الزوائد " على كتاب الزهد لأبيه، و " زوائد المسند " زاد به على مسند أبيه نحو عشرة آلاف حديث توفي عام (٢٩٠ هـ).الأعلام للزركلي - (٤ / ٦٥) .

6 - في (ب)"روايات".

7 - كتب في المخطوط "القسم" وكذا في البقية والصحيح "القاسم".

8 -هو القاسم بن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود الإمام المجتهد قاضي الكوفة، لم يأخذ على القضاء رزقاً، وتوفي سنة عشرة ومائة، وروى له البخاري والأربعة. الوافي بالوفيات (٧ / ٢٠٢).

9 - عبد الله بن مسعود وقد تقدمت ترجمته.

10 - هو الإمام الحافظ شيخ الإسلام بسمرقند أبو محمد عبد الله بن عبد الرحمن، كان أحد الحفاظ والرحالين موصوفا بالثقة والورع والزهد، يضرب به المثل في الديانة والحلم والاجتهاد والعبادة والتقلل، صنف المسند والتفسير وكتاب الجامع، مات يوم التروية سنة خمس وخمسين ومائتين رحمه الله تعالى (تذكرة الحفاظ - (٢ / ٥٣٤) .

11 - في (ب)"المبيع".

12 - التلخيص الحبير(ج٣/ص٣٢). قلت والخلاصة أن الحديث صحيح لمجموع طرقه وهي ست كما قال الألباني في إرواء الغليل - (٥ / ١٧١) .

وأما قوله صلى الله عليه وآله" إِذَا اخْتَلَفَ الْمُتَبَايِعَانِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْبَائِعِ وَالْمُبْتَاعُ بِالْخِيَارِ"، فرواه الشافعي بالإسناد إلى ابن مسعود قال: حضرت رسول الله صلى الله عليه وآله فأمر البائع أَنْ يُسْتَحْلَفَ ثُمَّ يُخَيَّرَ الْمُبْتَاعُ إِنْ شَاءَ أَخَذَ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ" ورواه النسائي والدار قطني[١]، وفيه انقطاع ذكر معنى ذلك في التلخيص وعبارته أتم [٢].

مسألة " إذا تبايع رجلان في أرضين أو دارين ثم رد أحدهما ما صار إليه تعيب فيها، وادعى أنه اشتراها بأرضه أو داره فترد له، وقال الآخر: بل بعتها منك بدراهم ثم اشتريت أرضك بالدرهم فأرد عليك الدراهم لا الأرض فأيهما بيّن حكم له، وإن لم فعلى قول المؤيد يتحالفان، ويفسخ البيع لأنهما اختلفا في جنس الثمن .

وعلى قول الهادي إن لم تجر العادة ببيع الأرض أو الدار فالبينة على مدعي ذلك، وإن جرت العادة بذلك فالقول قول مدعيه إن كان قبل تسليمه لأرضه السليمة من العيب، وإن كان بعد تسليمه فعليه البينة. هكذا في بيان ابن مظفر[٣]، والله [سبحانه] [٤] أعلم.

---

1 -أخرجه النسائي في السنن الكبرى - كتاب البيوع -اختلاف المتبايعين في الثمن رقم٦٢٤٥ (ج٤/ص٤٨). و الدارقطني في سننه -كتاب البيوع رقم ٦٢ (ج٣/ص١٩) وفيه انقطاع .

2 -التلخيص الحبير (ج٣/ص٣٠)والحديث صحيح لغيره ينظر (إرواء الغليل - (٥ / ١٧٢).

3 - بيان ابن مظفر (٧٠٨/٢) .

4 - الزيادة من (أ) وأصلها في المخطوط "سبحنه".

كِتَابُ الشُّفْعَةِ

هي مشتقة من الشفيع نَقِيضِ الْوَتْرِ، وقيل من الشفع، وهو الضم ، وقيل من الشفاعة [١]، والأقوال متقاربة، و نقلها الشرع إلى الشفعة الشرعية، وهي الحق السابق لملك المشتري للشريك أو من في حكمه وقولنا للشريك، أو من في حكمه ليخرج حق الأولوية [٢]، والمراد بمن في حكمه الشريك الجار الملاصق، وإن كان في التحقيق قد تناوله الشريك لأن بين ملكي الجارين المتلاصقين جزء مشترك لا ينقسم وهو سبب استحقاق الشفعة، وقال في البحر:" هو الْحَقُّ الْمُخْتَصُّ بِالشَّرِيكِ وَمَنْ فِي حُكْمِهِ فِي الْمَبِيعِ، لِأَجْلِ الْبَيْعِ وَلَمْ تَكُنْ فِي الْجَاهِلِيَّةِ." انتهى[٣].

وقال في شرح الإرشاد: وهي شرعاً حق يملك قهري يثبت للشريك القديم على الحادث بالعوض الذي ملك به [٤].

والأصل فيها من السنة نحو ما أخرجه مسلم من رواية جابر يرفعه قال:" الشُّفْعَةُ في كل شِرْكٍ في[٥] أَرْضٍ أو رَبْعٍ أو حَائِطٍ لَا يَصْلُحُ[٦] أَنْ يَبِيعَ حتى يَعْرِضَ على شَرِيكِهِ فَيَأْخُذَ أو يَدَعَ فَإِنْ أَبَى فَشَرِيكُهُ[٧] أَحَقُّ بِهِ حتى يُؤْذِنَهُ "[٨] .

وفي رواية لأبي داود والترمذي عنه أن رسول الله صلى الله عليه وآله قال: الْجَارُ أَحَقُّ بِشُفْعَةِ جَارِهِ يُنْتَظَرُ بها وَإِنْ كان غَائِبًا إذا كان طَرِيقُهُمَا وَاحِدًا "[٩] وفي أخرى للترمذي قال" جَارُ الدَّارِ أَحَقُّ بِالدَّارِ "[١٠] وفيه[١١] روايات أخر، وعن أنس[١٢] وسمرة[١٣] أن رسول الله

---

1 - مختار الصحاح (١ / ٣٥٤).والبحر الزخار (٩ / ١٤٨).وحاشية البجيرمي (ج٣/ص١٣٣).و شرح الأزهار (٣ / ٢٠٦).
2 - شرح الأزهار - (٣ / ٢٠٦).
3 - البحر الزخار - (٩ / ١٤٨) .
4 - شرح الإرشاد (٤٢٧/١).
5 - في المخطوط "من" والصحيح ما أثبته.
6 - في (أ)"لا يصح"، والصحيح ما أثبته.
7 - في المخطوط "بشريكه"، والصحيح ما أثبته.
8 - أخرجه مسلم في صحيحه -كِتَاب الشُّفْعَةِ -بَاب الشُّفْعَةِ -رقم١٦٠٨ (ج٣/ص١٢٢٩).
9 - أخرجه أبو داود في سننه -كتاب الْإِجَارَةِ - بَاب في الشُّفْعَةِ -رقم٣٥١٨ (ج٣/ص٢٨٦)و الترمذي في سننه- كِتَاب الْأَحْكَامِ -بَاب ما جاء في الشُّفْعَةِ لِلْغَائِبِ -رقم١٣٦٩(ج٣/ص٦٥١). والحديث صحيح . ينظر (صحيح وضعيف سنن الترمذي - (٣ / ٣٦٩) رقم١٣٦٩).
10 - أخرجه الترمذي في سننه - كِتَاب الْأَحْكَامِ -بَاب ما جاء في الشُّفْعَةِ -رقم١٣٦٨ (ج٣/ص٦٥٠). وهو صحيح، ينظر صحيح وضعيف سنن الترمذي رقم١٣٦٨ (٣ / ٣٦٨).
11 - في (ب)"وفي ".
12 - في المخطوط "أنيس"والصحيح ما أثبته .
13 -هو سمرة بن جندب الفزاري نزيل البصرة من أهل بيعة الرضوان توفي في أول سنة إحدى وستين .(العبر في خبر من غبر - (١ / ٦٥).

صلى الله عليه وآله قال:" جَارُ الدَّارِ أَحَقُّ بِالدَّارِ " أخرجه الترمذي[١]، وفي رواية عن سمرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله" جَارُ الدَّارِ أَحَقُّ بِدَارِ الْجَارِ أو[٢] الأرض "[٣]، وعن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وآله قال:" الشَّرِيكُ شَفِيعٌ وَالشُّفْعَةُ في كل شَيْءٍ " أخرجه الترمذي[٤]، وقد روي مرسلاً عن ابن أبي مليكة[٥] وعن أبي رافع مولى رسول الله صلى الله عليه وآله سمعت رسول الله صلى الله عليه وآله يقول:" الْجَارُ أَحَقُّ بِصَقَبِهِ[٦]" أخرجه البخاري[٧] وغيره، وفي ذلك أحاديث أخر، والإجماع منعقد على كون الشفعة مشروعة، إلا ما يروى عن الأصم[/٨][٩] وجابر بن زيد، فإن صحت الرواية عنهما فهما محجوجان بالإجماع قبلهما وبعدهما[١٠].

" مَسْأَلَةٌ " وَهِيَ مُوَافِقَةٌ لِلْقِيَاسِ عند القاسمية [/١١] والحنفية لِلْحَاجَةِ إلَيْهَا كَالْبَيْعِ وَالْإِجَارَةِ .

وقالت الناصرية والإمام ح: [بل] [١٢] هي مُخَالِفَةٌ لقياس الأُصُولِ إذْ الْمُشْتَرِي مَعَهَا على غَيْرُ ثِقَةٍ مِنْ اسْتِقْرَارِ الْمِلْكِ فَخَالَفَتْ[١٣] قَوْله تعالى **(**عَن تَرَاضٍ **)**[١٤] وَقَوْل النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ " لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إلا بطيبة من نفسه "[١٥] [١٦]، ولأن الأذية لا تدفع عن شخص بضرر آخر.

---

1 - سبق تخريجه آنفاً .

2 - في المخطوط "و" والصحيح ما أثبته.

3 - أخرجه أبو داود في سننه -كتاب الْإِجَارَةِ - بَاب في الشُّفْعَةِ -رقم٣٥١٧ (ج٣/ص٢٨٦)وهو صحيح .ينظر (صحيح وضعيف سنن أبي داود - رقم٣٥١٧).

4 - أخرجه الترمذي في سننه - كِتَاب الْأَحْكَامِ -بَاب ما جاء أَنَّ الشَّرِيكَ شَفِيعٌ -رقم١٣٧١ قال أبو عِيسَى هذا حَدِيثٌ لَا نَعْرِفُهُ مِثْلَ هذا إلا من حديث أبي حَمْزَةَ السُّكَّرِيِّ (ج٣/ص٦٥٤). فهو منكر كما قال الألباني . ينظر (سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة وأثرها السيئ في الأمة - رقم١٠٠٩ (٣ / ٦٠) .

5 - هو عبد الله بن عبيدالله بن أبي مليكة التيمي المكي: قاض، من رجال الحديث الثقات.ولاه ابن الزبير قضاء الطائف توفي رحمه الله سنة ١١٧ هـ. الأعلام للزركلي - (٤ / ١٠٢) .

6 - أي : بما يَلِيهِ ويَقْرُبُ منه.(القاموس المحيط - (١ / ١٣٥).

7 - أخرجه البخاري في صحيحه-كِتَاب الْحِيَلِ -بَاب في الْهِبَةِ وَالشُّفْعَةِ -رقم٦٥٧٦ (ج٦/ص٢٥٥٩).

8 - نهاية ورقة ٢٦٣ من (أ).

9 - هو محمد بن يعقوب بن يوسف، أبو العباس الأصم: محدث، من أهل نيسابور، ووفاته بها. رحل رحلة واسعة، فأخذ عن رجال الحديث بمكة ومصر ودمشق والموصل والكوفة وبغداد وأصيب بالصمم بعد إيابه، كان يورق ويأكل من كسب يده، وحدث ستا وسبعين سنة، سمع منه الآباء والأبناء والأحفاد.وتوفي رحمه الله سنة ٣٤٦ هـ (الأعلام للزركلي (٧ / ١٤٥).

10 - البحر الزخار - (٩ / ١٤٨).

11 - نهاية ورقة ٢٧٦ من (ب).

12 - الزيادة من (أ).

13 - في (أ)"فخالفه "وفي البحر ما أثبته.

14 - النساء: ٢٩.

15 -سبق تخريجه ص ٤١٦ .

16 -البحر الزخار - (٩ / ١٤٨) .

قال في البحر: قُلْت عُمُومَاتٌ خَصَّصَهَا الْقِيَاسُ عَلَى أُصُولٍ أُخُرٍ كَالْفَسْخِ بِالْعَيْبِ وَ الْغَرَرِ [١] وَنَحْوِهِمَا ، مِمَّا شُرِعَ لِدَفْعِ الضَّرَرِ ، فَلَمْ يُخَالِفْ كُلَّ الْأُصُولِ كَمَا تَرَيْ [٢] انتهى[٣].

قيل ل: ولها نظائر كأخذ سلعة المفلس وبيع ماله و [بيع] [٤]مال المتمرد لقضاء دينه ولنفقة الزوجة ونحو ذلك [٥].

وقال بعض المحققين: هي ثابتة استحسانا بالقياس الخفي إذ هي ضرر [عن] [٦] الخليط أو الجار، وهو مراد من قال أنها [موافقة للقياس وهي] [٧] مخالفة للقياس الجلي إذ هي أخذ مال الغير بغير رضاه وهي[٨] مراد من قال هي مخالفة للقياس انتهى [٩].

فائـــــدة: قال في شرح الإرشاد: ما لفظه "والحديث يقتضي أنه يحرم البيع قبل العرض على الشريك" [١٠].

قال ابن الرفعة[١١] ولم أظفر به عن أحد من أصحابنا، ولا محيد عن الخبر، وقد قال الشافعي: إذا صح الحديث فاضربوا بقولي عرض الحائط [١٢].

وقال الأذرعي: أنه الذي يقتضيه نص الأم في باب صفة نهي النبي صلى الله عليه وآله، وقد ظفر به الزركشي[١٣] فقال صرح به الفارقي[١٤]،

---

1 - في البحر "وبالغرر".
2 - في (أ)"مر " وفي البحر ما أثبته.
3 -البحر الزخار - (٩ / ١٤٨) .
4 - الزيادة من (أ).
5 - شرح الأزهار - (٣ / ٢٠٧) .
6 - الزيادة من (أ).
7 - سقط من (ب).
8 -في(أ) "وهي".
9 -حاشية البيان الشافي لابن مظفر (ج٢/٧١٠) .
10 - شرح الإرشاد (٤٢٨/١).
11 -هو أحمد بن محمد بن علي الأنصاري، المعروف بابن الرفعة: فقيه شافعي، من فضلاء مصر، له كتب، منها (بذل النصائح الشرعية في ما على السلطان وولاة الأمور وسائر الرعية - خ) و (الإيضاح والتبيان في معرفة المكيال والميزان - خ) .توفي رحمه سنة ٧١٠ هـ (الأعلام للزركلي - (١ / ٢٢٢).
12 - حواشي الشرواني(ج٦/ص٥٥) و(أسنى المطالب في شرح روض الطالب ج٢/ص٣٦٣) .
13 - هو محمد بن بهادر بن عبد الله العالم العلامة المصنف المحرر بدر الدين أبو عبد الله المصري الزركشي ، كان فقيها أصوليا أديبا فاضلا و كان منقطعا إلى الاشتغال بالعلم لا يشتغل عنه بشيء وله أقارب يكفونه أمر دنياه توفي في رجب سنة أربع وتسعين وسبعمائة ودفن بالقرافة (طبقات الشافعية ــ لابن قاضى شهبة - (٣ / ١٦٧) .
14 - هو الحسن بن إبراهيم بن علي بن برهون القاضي أبو علي الفارقي من أهل ميافارقين ،ولد في عاشر ربيع الأول سنة ثلاث وثلاثين وأربعمائة ، وتفقه في صباه على أبي عبد الله الكازروني ثم على أبي إسحاق الشيرازي و الصباغ ولازمهما حتى برع في المذهب وصار من أحفظ أهل زمانه له، وولي القضاء بواسط وأعمالها فأقام بها مدة مديدة ثم عزل، فأقام بواسط بعد عزله إلى حين وفاته. طبقات الشافعية الكبرى - (٧ / ٥٧).

[وقال يعني الفارقي] [١] وهذا التحريم لا يمنع صحة العقد لأنه لو فسد لم يأخذ[٢] الشفيع بالشفعة انتهى [٣].

قوله عليلم:" **تثبت فِي كُلِّ عَيْنٍ مُلِكَتْ بِعَقْدٍ صَحِيحٍ بمال معلوم لِكُلِّ شَرِيكٍ غالباً مَالِكٍ فِي الْأَصْلِ ثُمَّ الشِّرْبِ ثُمَّ الطَّرِيقِ ثُمَّ الْمُلَاصِقِ** " فقوله في كل عين عم المنقول وغيره كما هو مذهب العترة ومالك، لعموم قوله صلى الله عليه وآله "الشفعة في كل شيء"[٤] ونحوه مما تقدم[٥]، وعند زيد بن علي والفريقين لا شفعة في المنقولات،[٦] كما في بعض روايات حديث جابر المتقدم، قال: " قَضَى رسول الله صلى الله عليه وآله بِالشُّفْعَةِ في كل مَالٍ لم يُقْسَمْ فإذا وَقَعَتْ الْحُدُودُ وَصُرِّفَتْ الطُّرُقُ فلا شُفْعَةَ " هذه رواية البخاري وأبي داود والترمذي[٧]، وفي رواية لمسلم وأبي داود قال:" قَضَى رسول اللَّهِ صلى الله عليه وآله بِالشُّفْعَةِ في كل شِرْكَةٍ لم تُقْسَمْ رَبْعَةٍ أو حَائِطٍ لَا يَحِلُّ له أَنْ يَبِيعَ حتى يُؤْذِنَ شَرِيكَهُ فَإِنْ شَاءَ أَخَذَ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ فإذا بَاعَ ولم يُؤْذِنْهُ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ [٨].

قلنا: لا تصريح بعدم وجوبها في غير ذلك، وقال ص بالله: "لا يجب في المكيل والموزون إذ شرعت لدفع الضرر، ولا ضرر فيهما، وحمله الأمير علي وغيره على ما إذا لم يكن الحب في مدفن ولا السمن في زق ونحو ذلك وإلا وجبت [٩].

لنا عليهم جميعاً عموم الدليل، وإذ لا يخلو كل من ذلك عن مشاحة[١٠] في الْإِفْرَازِ ونحوه.

---

1 - الزيادة من (ب).

2 - في (ب)"يأخذه".

3 - حاشية الرملي(ج٢/ص٣٦٣).

4 -سبق تخريجه صـــــ٨١٨ .

5 -الصحيح من مذهب الإمام مالك أن الشفعة فيما يصلح انه ينقسم وتقع فيه الحدود من الأرض فأما ما لا يصلح فيه القسم فلا شفعة فيه قال أبو عمر على هذا مذهب الشافعي والكوفيين وقد تقدم ذلك كله والحجة له (الاستذكار ج٧/ص٨٦)وبداية المجتهد (ج٢/ص١٩٤).

6 - شرح الأزهار (٣ / ٢٠٨).وتبيين الحقائق(ج٥/ص٢٥٢)والمهذب (ج١/ص٣٧٦) .وبداية المجتهد (ج٢/ص١٩٤).

7 - أخرجه البخاري في صحيحه -كِتَاب الْبُيُوعِ -بَاب بَيْعِ الأرض وَالدُّورِ وَالْعُرُوضِ مُشَاعًا غير مَقْسُومٍ -رقم٢١٠٠ (ج٢/ص٧٧٠).و أبو داود في سننه -كتاب الْإِجَارَةِ -باب الشفعة -رقم٣٥١٤ (ج٣/ص٢٨٥). و الترمذي في سننه -- كِتَاب الْأَحْكَامِ -بَاب ما جاء إذا حُدَّتْ الْحُدُودُ وَوَقَعَتْ السِّهَامُ فلا شُفْعَةَ -رقم١٣٧٠ (ج٣/ص٦٥٢).

8 - أخرجه مسلم في صحيحه -كِتَاب الْمُسَاقَاةِ -بَاب الشُّفْعَةِ -رقم١٦٠٨(ج٣/ص١٢٢٩).وأبو داود في سننه-كتاب الْإِجَارَةِ - بَاب في الشُّفْعَةِ -رقم٣٥١٣ (ج٣/ص٢٨٥) .

9 - شرح الأزهار - (٣ / ٢٠٨) .

10 - في (أ)"مشاحجة".

فـــــرع: ويجب فيما لا يقسم[1] كالطاحون والمدقة والحمام الصغير ونحوها عند العترة والحنفية لعموم الدليل، وقال الشافعي:" لا شفعة فيما لا ينقسم إذ لا ضرر فيه كضرر ما ينقسم"[٢].

قلنا: لا نسلم بل الضرر فيه أعظم.

وخرج بقوله "عين" نحو الحقوق والمنافع فإنه لا شفعة فيها، وخرج بقوله "ملكت ما لم تملك" كالعارية والإباحة، وبقوله "بعقد" الميراث والإقرار، وما ملك[٣] بالقسمة، ولو قلنا أنها بيع ولو وقع فيها لفظ عنده من اعتبره، وهو الحقيني [٤].

وقوله: "صحيح" ليخرج ما ملك[٥] بعقد فاسد فإنه لا شفعة فيه عند أكثر العترة والشافعي ولو بعد القبض إذ يملك بالقيمة وهي مجهولة والشفعة إنما تجب بالثمن [٦].

وقال ص بالله: بل يصح بالقيمة كما لو الثمن قيمياً في العقد الصحيح [٧].

وقال الإمام ح: يصح في الفاسد بعد قبض المبيع إذ لا يملكه المشتري قبله إجماعاً [٨].

قال في البحر: قُلْت: وَهُوَ قَوِيٌّ إذْ لَمْ يُفَصِّلْ قَوْلُهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِه: "الشُّفْعَةُ فِي كُلِّ شَيْءٍ" [٩] وَجَهَالَةُ الْقِيمَةِ مُغْتَفِرَةٌ كَمَا فِي الْعَقْدِ الصَّحِيحِ حَيْثُ الثَّمَنُ قِيَمِيٌّ [١٠].

وعلى القول بأنها لا تثبت في الفاسد فإن حكم بصحته، قيل ي: تحددت الشفعة لمن تركها لأجل فساد العقد و[١١]الحكم كالعقد الجديد، واستقرب الإمام [١٢] خلاف ذلك.

وقوله "بمال" أي بعوض، وهو مال فخرج ما ملك بغير عوض كالهبة والصدقة ونحوهما، وعن ابن أبي ليلى يصح في ذلك بالقيمة كلو تلف الثمن.

قلنا: [لا] [١٣] كالإقرار،

---

1 - في (ب)"ينقسم".

2 - تبيين الحقائق (ج٥/ص٢٥٢). و إعانة الطالبين (ج٣/ص١٠٧). و روضة السابق.ج٥/ص٧١) و شرح الأزهار (٣ / ٢٠٨).

3 - في (ب)"ملكت".

4 - الغيث المدرار ج٣(خ).

5 - في (ب)"ملكت".

6 - الإقناع للشربيني (ج٢/ص٣٣٨) .

7 - البحر الزخار - (٩ / ١٤٩).و شرح الأزهار - (٣ / ٢٠٨) .

8 -المرجع السابق.

9 - سبق تخريجه صـــ ٨١٨ .

10 - البحر الزخار - (٩ / ١٤٩) .

11 - في (ب)"إذ".

12 - في (ب)"المؤلف".

13 - سقط من (أ).

وقال ك: تَصِحُّ فِي الْهِبَةِ لَا الصَّدَقَةِ [١].

قلنا: لا فرق [٢].

وقوله" مال" ليخرج ما ملك بعوض ليس بمال كالمهر وعوض الخلع والإجارة والصلح عن دم العمد فإنه لا شفعة فيه عند العترة والحنفية إذ الشفعة إنما تجب فيما [مال] [٣]ملك بمال، وَالْبَدَلُ فِي هَذَه لَيْسَ بِمَالٍ وَلَا ذِي قِيمَةٍ [٤].

وقال ش: تَصِحُّ إذْ هِيَ مُعَاوَضَةٌ كَالْبَيْعِ [٥].

قُلْنَا: لَيْسَت بِمُعَاوَضَةٍ مَحْضَةٍ بِدَلِيلِ صِحَّتِهَا مِنْ دُونِ ذِكْرِ الْعِوَضِ.

وعلى أحد قولي ط: أنها تصح فيما ملك بعقد الإجارة بناء على أن المنفعة مال [٦]، وأما الصلح عن دم العمد فعدم وجوب الشفعة فيه مبني على أن الأصل القود والدية بدل أو وقع الصلح عن القود لا عن الدية ، وعلى أن الصلح لم يقدم على العفو عن القود وإلا وجبت[٧].

وقوله:"معلوم" ليخرج ما ملك بعوض مجهول كالصلح بمعلوم عن مجهول إذ هو كالبيع للفاسد فيأتي فيه الخلاف المتقدم وكذا حيث يسمى الثمن، وقوله "لكل شريك" أي سواء كان آدمياً أم غيره كالمسجد ونحوه، وسواء كان مؤمناً أم فاسقاً وعن الناصر وغيره لا شفعة للفاسق إذ شرعت لدفع الضرر في إيجابها له إضرار لجيرانه[٨]، وعن الناصر إلا أن يكون خليطاً.

قُلْنَا: لَمْ يُفَصِّلْ الدَّلِيلُ وَفِسْقُهُ لَا يُوجِبُ قَطْعَ حَقِّهِ كَالْمِيرَاثِ وَنَحْوِهِ [٩].

وقيل ع: لا يشفع بأرض المسجد ولو كانت ملكاً له إذ المالك في الحقيقة هو الله عزوجل وهو لا يتضرر [١٠].

لنا عموم الدليل.

---

1 - المدونة الكبرى(ج١٤/ص٤٦٠). و(ج١٤/ص٤١٠).و البحر الزخار - (٩ / ١٤٩) .
2 - البحر الزخار - (٩ / ١٤٩) .
3 - الزيادة من (أ).
4 - البحر الزخار - (٩ / ١٤٩) .
5 - المجموع (ج٩/ص٢٥٥) و المهذب(ج١/ص٣٧٧) والبحر الزخار - (٩ / ١٤٩) .
6 - البيان لابن مظفر (٧١٣/٢) بنحوه.
7 - في (ب)"لوجبت".
8 - في (ب)"بجيرانه".
9 -البحر الزخار- (٩ / ١٥١)و شرح الأزهار - (٣ / ٢٠٩).
10 - المرجع السابق.

وَيَسْتَحِقُّهَا الصَّبِيُّ فِي صِغَرِهِ لعموم الدليل خلاف ابن أبي ليلى وداود مطلقاً [١].

وقال الأوزاعي: لا يستحقها حتى يبلغ [٢].

لنا ما تقدم، والإجماع قبلهم، ويجب على الولي طلبها إذا كان أصلح للصبي وإلا أثم، وتبطل إن أبطلها لَحَظٍّ أَوْ فَقْرٍ ، وَإِلَّا فَلَا ، ولَهُ طَلَبُهَا [بَعْدَ ذَلِكَ] [٣]، وقال[٤] ح وأبو يوسف: تبطل مطلقاً، وقال محمد وزفر: لا تبطل بإبطاله مطلقاً [٥].

قُلْنَا : تَصَرُّفَاتُهُ[٦/] نَافِذَةٌ مَعَ الْمَصْلَحَةِ فاعتبرت [٧].

وقوله "غالباً" احتراز من أن يكون مالك السبب كافراً فإنه لا شفعة له على المسلم ولو كان المبيع في خطط أهل الذمة ولا على ذمي مثله في خطط المسلمين، وأما في خططهم فيثبت لبعضهم على بعض بالإجماع [٨].

قيل: وخططهم أيلة[٩] وعمورية[١٠] وفلسطين ونجران.

وتثبت[١١/] للمسلم على الذمي مطلقاً إجماعا لقوله صلى الله عليه وآله" الْإِسْلَامُ يَعْلُو ولا يُعْلَى عليه"[١٢]، وعن زيد والمؤيد والمنتخب والفريقين تثبت للذمي مطلقاً إذ لم يفصل الدليل.

قلنا: فصل ما روينا .

وقوله تعالى:**(**وَلَن يَجْعَلَ اللّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً **)**[١٣] ونحوهما [١٤].

---

1 -المحلى، والصحيح من مذهب الظاهرية حتى يكبر(ج٩/ص٩٤).

2 - البحر الزخار - (٩ / ١٥١).

3 - سقط من (ب).

4 - في(ب)"فقال".

5 - تبيين الحقائق (ج٥/ص٢٦٤).

6 - نهاية ورقة ٢٧٧ من (ب).

7 - البحر الزخار (٩ / ١٥٢) .

8 - شرح الأزهار - (٣ / ٢١٣) .

9 -هي بيت المقدس معرب أو البلد المعروف فيما بين مصر والشام.المصباح المنير- (١ / ٢٢). والنهاية في غريب الأثر - (١ / ٢٠٦).

10 - هي أنقرة حالياً ينظر (القاموس المحيط - (١ / ٦٢٦). قال صاحب تاج العروس " أَنْقِرةُ : بلد بالرُّوم مشهور ، قيلَ : مُعَرَّبُ أَنكُورِيَةَ التي يُجلَبُ منها ثيابُ الصّوف والخَزِّ ، فإن صحَّ فهي عَمُّورِيَة التي غَزاها المعتصم بالله العبّاسيّ في شدَّة البرد.(تاج العروس - (١٤ / ٢٨١) .

11 - نهاية ورقة ٢٦٤ من (أ).

12 - أخرجه البخاري في صحيحه -كِتَاب الْجَنَائِزِ -باب إذا أَسْلَمَ الصَّبِيُّ فَمَاتَ هل يُصَلَّى عليه، عن ابن عباس مرفوعاً (ج١/ص٤٥٤)و الدارقطني في سننه - كتاب النكاح -باب المهر-رقم٣٠ (ج٣/ص٢٥٢).والحديث حسن كما قال الألباني في (إرواء الغليل - (٥ / ١٠٦).

13 - النساء:١٤١.

14 -البحر الزخار (٩ / ١٥١). والمنتخب (٢٢٧). والهداية شرح البداية (ج٤/ص٣٢). و روضة الطالبين (ج٥/ص٧٣).

وأما في المنقول فتصح لهم مطلقاً اتفاقاً بين المثبتين لها[١] فيه.

فــــرعٌ: وعلى القول بصحة بيع العبد المسلم من الذمي ويؤمر ببيعه تصح الشفعة فيه، ويؤمر ببيعه ذكره ع و ط [٢].

وقوله: " مَالِكٍ " احتراز من ثلاث صور:

الأولى: أرض بيت المال فإنه لا شفعة بها، خلاف الإمام ح إذا رأى الإمام في ذلك مصلحة.

الثانية: الأرض الموقوفة فليس للمصرف أن يشفع بها إذ ليس بمالك.

قيل: بالإجماع، وفي مهذب الشافعي وجهان [٣].

الصورة الثالثة: المستأجر والمستعار فإنه لا شفعة فيه[٤] للمستأجر والمستعير إذ ليسا بمالكين [٥].

قال في الغيث: فإن قلت قد حصلت هذه الاحترازات بقولك في كل عين ملكت فما وجه التكرار؟

قلت: ذلك قيد في المشفوع فيه وهو هنا قيد [للمشفوع به] [٦] وهو السبب فظهر الفرق[٧].

وقوله:" في الأصل" يحترز ممن هو مالك الحق فقط فإنه لا شفعة به على المختار للمذهب.

وقيل: بل تثبت الشفعة في الحقوق وقواه الفقيهان ل ي[٨].

وقيل ح: أنها تستحق بالحق إذا كان مستقلاً، كأن يجري الماء في أرض مباحة

---

1 - في (ب)"لهم".
2 - البحر الزخار (٩ / ١٥١) .
3 - المهذب (ج٢/ص٣).
4 - في (ب)"بهما".
5 - شرح الأزهار - (٣ / ٢٠٩) .
6 - في (ب)"في المشفوع به" بدل مابين المعقوفتين، وفي الغيث ما أثبته.
7 - الغيث المدرار ج٣(خ) .
8 - شرح الأزهار - (٣ / ٢٠٩) .

[إلى أرض][1] ثم يجيء الغير جنب موضع جري الماء فإن الشفعة تثبت لصاحب المجرى بمجاورة النهر للأرض، وتثبت الشفعة بالشركة بين أهل المجرى، وأما إذا كان حقاً محضاً فإنه لا يثبت فيه ولاية شفعة.

وصورته: أن يوصي رجل لغيره بمرور الماء أو يبيع أرضاً و يستثني مرور الماء ونحو ذلك [2].

وقوله: "ثم الشرب" [هو] [3] بكسر الشين، وصورة [الاشتراك] [4] في الشرب الذي يستحق به الشفعة أن يكونوا مشتركين في نهر أو سَيْحٍ كالسوائل العظمى، وأصباب الجبال إلى الأموال، فأما الاشتراك في الصبابة حيث سبق بعضهم بالإحياء عليها فلا شفعة بها إلا بالجوار، وكذا حيث يكون[مرور الماء في حق غير مستقل بل مضاف كما تقدم فلا شفعة بذلك، وأما صورة الاشتراك في الطريق التي توجب الشفعة، فذلك حيث يكون] [5]الطريق غير مسبلة بل مملوكة لأهل الاستطراق.

وأما صورة الجوار الذي[6] يستحق بها الشفعة فنحو الجوار في عرصات الدور [المتلاصقة] [7] والأراضي، فأما جوار الشجر أو البناء للأرض فلا شفعة به، والعلو والسفل مقيس عليهما في ذلك إذا لم يكن بينهما اشتراك في طريق .

قيل: لأن ذلك ارتباط لا شركة ولا جوار، وعن الكرخي[8] أن كل واحد من مالكي السفل والعلو مستحق الشفعة في ملك الآخر كالجار الملاصق.

قال: وهذا استحسان والقياس أنه لا شفعة [9].

قال في الغيث: قلت وتحقيق العلة في عدم اعتبار هذا الجوار أنهما لم يشتركا في جزءٍ بخلاف المشتركين في العرصة ونحوها فقد اشتركا في جزء ولو جوهراً فرداً انتهى [10].

---

1 - سقط من (ب) وفي الغيث " إلى أرضه".
2 - الغيث المدرار ج٣(خ) وحاشية البيان لابن مظفر نقلا عن الكواكب (٧١٦/٢) .
3 - الزيادة من (أ).
4 - سقط من (ب).
5 - سقط من (ب).
6 - في (ب)"التي".
7 - الزيادة من (ب).
8 - هو عبيدالله بن الحسين الكرخي، أبو الحسن: فقيه، انتهت إليه رياسة الحنفية بالعراق، مولده في الكرخ ووفاته ببغداد سنة ٣٤٠ هـ. الأعلام للزركلي - (٤ / ١٩٣).
9 - بدائع الصنائع (ج٥/ص٩).
10 -الغيث المدرار ج٣(خ) .

وقيل: الأقرب أن جوار العلو والسفل إن كان عن قسمة ثبتت[١] الشفعة به، وإن كان العلو محدثا نحو أن يكون لمالكه حق البناء على السفل فبني عليه فلا شفعة بينهما إذ لا يشتركان في شيء وفيه خلاف الفقيهين ل ي الذي مر .

تنبيـــــهٌ: ومذهب العترة جميعاً أن أسباب الشفعة هي الأربعة المذكورة، وهي على الترتيب المذكور في المختصر الخلطة ثم الشركة في الشرب ثم [في] [٢] الطريق ثم الجوار الملاصق، وقالت الحنفية لا ترتيب بين الشرب والطريق.

قلنا: الشرب بجمع حقين حق الماء وحق المجرى والطريق حق واحد أما الخلطة فقدمت للإجماع عليها، وأما الشرب فلما مر، وأما الطريق فلأن الضرر فيها أكثر من الضرر في الجوار والشفعة إنما شرعت لرفع الضرر، ولذلك قدم الخليط ثم شريك الشرب، وعند مالك وش والإمامية لَا شُفْعَةَ إلَّا لِلْخَلِيطِ [٣].

لنا ما تقدم من الأخبار ونحوها .

قوله عليلم: " **وإنْ مُلِكَتْ بِفَاسِدٍ أَوْ فُسِخَ بِحُكْمٍ بَعْدَ الْحُكْمُ بِهَا** " يعني أن الأسباب الأربعة المذكورة تستحق الشفعة بكل واحد منها ولو ملكت بعقد فاسد، فإن ذلك لا يمنع من صحة الشفعة على المذهب، وعن أبي العباس أن الشفعة لا تستحق بما ملك بعقد فاسد لأنه معرض للفسخ،[٤] وعند الناصر وش لا تستحق به الشفعة لأنه باطل عندهما كما تقدم.

واختلف القائلون بأن الشفعة تستحق به، هل يشترط أن يقع بيع المشفوع به بعد قبض السبب الذي ملك بعقد فاسد أو لا يشترط ذلك ؟

ظاهر المذهب أن ذلك يشترط لأنه لا يملك عندهم إلا بالقبض.

وقال بعض المتأخرين: أن ذلك لا يشترط لأن القبض كاشفٌ أن الملك حصل بالعقد [٥].

وقوله "أو فسخ " إلى آخره معناه ولو فسخ السبب الذي ملك بعقد فاسد فإن الشفعة لا تبطل بذلك، والشفعة.حكم حاكم بعد أن شفع الشفيع إذا وقع الفسخ المذكور بعد الحكم بالشفعة، وأما إذا وقع الفسخ قبل الحكم بالشفعة فإنها تبطل، وهكذا يكون الكلام لو فسخ السبب بعيبٍ أو رؤية[٦] بعد الحكم بالشفعة فإنها لا تبطل بذلك،

---

1 - في (أ)"ثبت".
2 - سقط من (ب).
3 - البحر الزخار (٩ / ١٥٣). و الحاوي الكبير (ج٧/ص٢٣٤).
4 - شرح الأزهار - (٣ / ٢١١) .
5 - شرح الأزهار - (٣ / ٢١١) .
6 -" قلنا الشفعة تصرف فبطل خيار الرؤية". تعليق من الحاشية في (ب).

وقيل الحكم بها تبطل [1].

وظاهر الأزهار والأثمار أن الفسخ إذا وقع قبل الحكم بالشفعة بطلت ولو كان الشفيع قد ملك المشفوع فيه بالتراضي وسواء وقع الفسخ بالحكم أو بالتراضي، وقيـــــل: أنه إذا ملك المشفوع بالحكم أو بالتراضي لم تبطل الشفعة سواء كان فسخ السبب بالحكم أم بالتراضي .

قال في الغيث: فإن قلت أليس الفسخ بالحكم يكون نقصاً للعقد من أصله حتى كأن لم يكن فهلا بطلت الشفعة.

قلت: قد ذكر الفقيه ع أن القياس بطلانها لهذه العلة لكن الصحيح عندي[/2] ما ذكره الفقيه ح وأبو مضر وذلك لأن الحكم بالشفعة لا ينقص إلا بأمر قطعي وفي الناس من لا يقول أن فسخ الحكم نقض للعقد من أصله [3].

قوله عليلم :" **ولبائع به غالباً** "أي وتثبت الشفعة أيضاً للبائع بما باعه بيعاً فاسداً وسواء شفع به قبل قبض المشتري له أم بعده.

وقوله "غالباً" قال في شرحه: احتراز من أن يشفع البائع بما باعه بعقد فاسد بعد قبض المشتري قبل أن يقع الفسخ بالحكم لكن[4] وقع بالتراضي أو لم يقع الفسخ[5] أو بعد الفسخ بالحكم بعد الحكم للمشتري بالشفعة أو بعد أخذه للمشفوع بالتراضي على كلام البيان والتعليق كما مر وهذه المسألة مزيدة من المؤلف عليلم.

وفي الغيث ما لفظه فائـــــدة: اعلم أن البائع بعقد فاسد مهما لم يسلم المبيع فله أن يشفع به لأنه قبل التسليم على ملكه وإذا[/6] شفع به ثم سلمه للمشتري، هل تبطل شفعته ؟

لا نص لأصحابنا في ذلك، والقياس أن لا تبطل إن قلنا إن ملكه من يوم القبض لا من يوم العقد، فلو شفع به وقد سلمه ثم فسخ عليه هل تتم [شفعته] [7]مفهوم كلام الفقيه س في التذكرة أنها تتم شفعته، وفيه نظر لأن إثبات الشفعة للبائع والمشتري يؤدي إلى ملك بين

1 - شرح الأزهار - (٣ / ٢١١) .
2 - نهاية ورقة ٢٧٨ من (ب).
3 - الغيث المدرار ج٣(خ) .
4 - في (ب)"بل".
5 - في (ب)"فسخ".
6 - نهاية ورقة ٢٦٥ من (أ).
7 - سقط من (ب).

مالكين في المشفوع به، وقد قال لا تبطل شفعة المشتري وإن فسخ [بحكم] [١] بعد الحكم بها انتهى [٢].

قوله عليلم: "**وَلَا تَرْتِيبَ فِي الطَّلَبِ**" معناه أن المستحقين للشفعة وإن كانوا مترتبين في استحقاقها على الترتيب المتقدم فإن طلبهم إياها لا ترتيب فيه بل متى علم الجار الملاصق بالبيع طلب الشفعة فوراً، ولو كان ثمة خليط فإن تراخى بطلت شفعته سواء شفيع الخليط أم ترك، ذكر معنى ذلك أبو حنيفة ومحمد [٣].

قيل: وقد ذكره الحقيني للهادي، وذكره أبو مضر للمذهب [٤].

قال: لأنه لا يخلو إما أن يقال أنها تثبت للجار بعد ترك الخليط، أو من حين العقد لا جائز أن يكون بعد ترك الخليط لأن السبب لم يتجدد بعده فلم يبق إلا أنه كان ثابتاً يوم العقد إلا أنه كان مترتباً.

قال أبو مضر: ويحتمل عندي أنها وإن وجبت بالبيع فالطلب إنما يجب عند ترك الشريك شفعته لأنه لا فائدة في الطلب قبل ذلك، وقوى هذا الاحتمال الفقيه ح، وقيل ل: القول الأول أقوى للمذهب، وقال الناصر وأبو يوسف: يبطل حق غير الأخص بعفو[٥] الأخص.

وقال الإمام ح: بل يثبت لغير الأخص بعد عفو الأخص [و] [٦]إن طلب عند علمه بالعفو، ولا عبرة بتقديم الطلب على ذلك إذ لا ثمرة له لعدم استحقاقه، وهو في معنى ما ذكره أبو مضر والله أعلم [٧].

قوله عليلم : **وَلَا فَضْلَ بِتَعَدُّدِ السَّبَبِ وكَثْرَتِهِ بَلْ بِخُصُوصِهِ** " معنى ذلك أن المبيع إذا كان فيه شفعاً مُستَوُون في سبب واحد لكن بعضهم له سبب آخر مع ذلك السبب فإن صاحب السببين لا يستبد بالشفعة دون صاحب السبب الواحد بل يستويان في استحقاق الشفعة على ما صححه ض زيد للمذهب، وخرجه للمؤيد.

وقال أبو طالب: بل يستحق الشفعة ذو السببين دون ذي السبب الواحد [٨].

---

1 - سقط من (ب).
2 -الغيث المدرار ج٣(خ) .
3 - البحر الرائق (ج٨/ص١٤٣).
4 - البحر الزخار (٩ / ١٥٣) .
5 - في (أ)"بعد" وهو تصحيف.
6 - الزيادة من (ب).
7 -الغيث المدرار ج٣(خ) .
8 - شرح الأزهار - (٣ / ٢١٣) .

وجه كلام ض زيد القياس على ما [لو] [١] اشتركا في الشرب، ويفرد أحدهما بالجوار فإنه لا حكم للجوار ذكره في الكافي [٢]، ووجه كلام أبي طالب أن مضرة [الجار] [٣] المشارك في الطريق أكثر من المضرة على المشارك في الطريق، وليس بجار وكما لا فضل بتعدد السبب[٤] فكذلك لا فضل بكثرته فيستحق الشفعة على عدد الروس دون الانصباء فلو كان لأحد الخليطين سهم من عشرة، وللآخر تسعة أسهم مثلا كان المشفوع فيه نصفين بينهما ونحو ذلك هذا مذهبنا، وهو قول أبي حنيفة وأصحابه وأحد قولي ش لأنها وضعت لدفع [الضرر و الأذى] [٥] وذلك يتعلق بالملك لا بالملك، وعند ك، وأحد قولي ش و[على] [٦] أحد قولي الناصر أنها على قدر الانصباء، لأن السبب في أخذها الملك فاعتبر بقدره ذكر معنى [جميع] [٧] ذلك في الغيث [٨].

وقال في البحر: مسألة المؤيد للمذهب، وَلَا فَضْلَ بِكَثْرَةِ السَّبَبِ كَخَلِيطٍ بِأَسْهُمٍ مَعَ خَلِيطٍ بِسَهْمٍ وَاحِدٍ أَوْ شَرِيكٍ فِي الشُّرْبِ مِنْ جِهَاتٍ وَالْآخَرُ مِنْ جِهَةٍ وَاحِدَةٍ، فَالشُّفْعَةُ نِصْفَانِ.

وَلَا فَضْلَ لِمَنْ سَبَبُهُ أَكْثَرُ لِاشْتِرَاكِهِمَا فِي الْخُصُوصِيَّةِ، وَلَا بِكَثْرَةِ السَّبَبِ الْمُخْتَلِفِ كَجَارٍ وَشَرِيكٍ فِي طَرِيقٍ، وَالْآخَرُ شَرِيكٌ فِي طَرِيقٍ غَيْرِ مُجَاوِرٍ، فَيَسْتَوِيَانِ لِاسْتِوَائِهِمَا فِي السَّبَبِ الْمُؤَثِّرِ.

أبو طالب والإمام ح: بَلْ مِنْ تَعَدُّدِ سَبَبِهِ أَقْوَى سَوَاءٌ اتَّفَقَ أَمْ اخْتَلَفَ ، إذْ لِكَثْرَتِهِ أَثَرٌ فِي الْقُوَّةِ ، كَكَثْرَةِ الْعِلَلِ وَكَثْرَةِ الْأَخْبَارِ فَإِنَّهَا مُرَجِّحَةٌ .

قُلْت: وَهُوَ قَوِيٌّ إذْ شُرِعَتْ لِدَفْعِ الضَّرَرِ وَمَضَرَّتُهُ أَكْثَرُ فَأَشْبَهَ الْخَلِيطَ مَعَ الْجَارِ انتهى [٩].

وقوله عليلم: بل بخصوصه معناه أن الشفيعين إذا كان سببهما واحداً كالطريق و[١٠] الشرب لكن أحدهما أخص بالمبيع فإنهما لا يستويان في استحقاق الشفعة بل يستحقها الأخص وحده، وهذا إنما يتصور في الشريك في الطريق والشرب دون الخليط .

---

1 - الزيادة من (ب).
2 - الكافي في شرح الوافي (خ) .
3 - الزيادة من (أ).
4 - " وفي التذكرة تعليلاً لقوله :" ولا فضل بتعدد السبب ما لفظه كما أن الشفعة بعدد الرؤوس لا يقول الانصباء، خلافاً للناصر وش .تمت .". تعليق في الحاشية من(ب). التذكرة الفاخرة(ص ٣٨٨).
5 - في (ب)" الأذى والضرر" بدل مابين المعقوفتين.
6 - الزيادة من (ب).
7 - الزيادة من (أ).
8 -الغيث المدرارج٣(خ) .
9 - البحر الزخار - (٩ / ١٦٥) .
10 - في (ب)"أو".

مثال ذلك في الطريق إذا كانت الدار في زقاق منسد فإن الشفعة فيها تكون للأقرب إليها، فلو كان في الزقاق ثلاث دور الدار المبيعة في الوسط فإن صاحب الدار التي إلى خارج الزقاق لا يستحق الشفعة لانقطاع حقه في الطريق بل يستحقها صاحب الدار المداخلة لمشاركته في بقية الطريق إلى داخل الزقاق فكان أخص فلو كانت الدار المبيعة [الأولى استواء الداخلان في استحقاق الشفة لاشتراكهما في مشاركة البائع في الطريق ولو كانت المبيعة] [١] هي الداخلة استحق الشفعة الأوسط، لأنه أخص دون الأول، وكذلك حكم الأراضي التي يجري إليها الماء فإن كانت الدور في درب دوار يؤتى إلى كل منها من الجانبين كانت الشفعة لأهلهما[٢] جميعاً [على سواء][٣] ولا تكون فيها شفعة بالجوار إذ لا خصوصية لأحد منهم في الطريق، وأما الشركاء في الشرب فلا يخلو إما أن يشتركوا في أصل النهر أولا إن كان الاشتراك في أصل النهر، فإن كان لكل واحد ساقية منفردة، وبيعت إحدى الأراضي كانت الشفعة لهم جميعاً إذ لا اختصاص لأحدهم[٤] ، وكذا إن كان للضيعة نهران رأس أحدهما في الجهة التي فيها أسفل النهر الآخرة، فالشفعة بهما على سواء إذ لا اختصاص لأيهم بأي النهرين، فأما إذا كان للنهر سواء في متفرعة وفي كل ساقية شركاء يسقون منا أراضيهم فإذا بيع بعض هذه الأراضي كانت الشفعة فيها [٥/] للشركاء في ساقيتها دون سائر أهل النهر للخصوصية .

تنبيـــــهٌ: وما ذكر من أن الشفعة للأخص هو قول الهادي وأخير قولي المؤيد، وقول أبي يوسف، ومحمد، وعند الناصر وابني الهادي، وأبي حنيفة وقديم قولي المؤيد أنه لا فضل للأخص، بل يستوي المشركون في السبب في استحقاق الشفعة ولو كان بعضهم أخص [٦].

وفرق أبو طالب بين الطريق والشرب، فجعل في الشركة في الطريق الشفعة للأخص، وفي الشرب للجميع، وقيل بل هما قولان له في الطريق والشرب [٧].

فـــــرع: وهذا الكلام في الشفعة في الأرض التي على النهر، وأما نصيبها من النهر، ففيه ثلاثة أقوال للمذاكرين:

---

1 - سقط من (ب).
2 - في (ب)"لأهلها".
3 - الزيادة من (أ).
4 - في (ب)"لأحدهما".
5 - نهاية ورقة ٢٧٩ من (ب).
6 - شرح الأزهار - (٣ / ٢١٤) .
7 -الغيث المدرار ج٣(خ) .

الأول: ذكره الفقيهان ل ي أن النصيب من النهر لمن شفع الأرض سواء قال بعتك هذه الأرض ونصيبها من النهر، أو قال بحقوقها.

القول الثاني: حكاه الفقيه ع وبعض المذاكرين أن أهل الضياع في النصيب من النهر على سواء لأنه لا خصوصية لأحدهم بالنظر إليه (١).

القول[٢/]الثالث: رواه في التقرير عن الأمير مجد الدين (٣) أنه إن قال بعتك الأرض ونصيبها من النهر اشترك أهل الضياع في النصيب من النهر، وإن قال بحقوقها كان نصيبها من النهر لمن شفع الأرض (٤).

فائـــــدة: لو كان في أقصى السكة المفسدة مسجد، فقيل لا شفعة بينهم بالطريق لأنها كالنافذة، وقيل إن كان المسجد متقدماً على عمارة الدور فلا شفعة، وإن كان متأخراً كانت الشفعة ثابتة.

قيل: ولقائل أن يفصل ويقول إن بنى المسجد بإذن أهل الزقاق كان كالناقد ويطلب الشفعة لأنهم أسقطوا حقهم وإن كان من غير إذنهم فالشفعة باقية.

" مَسْأَلَةٌ "المؤيد للمذهب وأبو حنيفة وأحد قولي ش: وَلَا خُصُوصِيَّةَ تُوجِبُ التَّقْدِيمَ بِالشُّفْعَةِ سِوَى مَا ذكر، فَلَوْ مَاتَ ثَلَاثَةُ إخْوَةٍ عَنْ ضَيْعَةٍ مُشَاعَةٍ بَيْنَهُمْ وَلِكُلِّ واحد مِنْهُمْ ابْنَانِ فَبَاعَ أَحَدُ البنين نصيبه ، فَالشُّفْعَةُ لِأَخِيهِ وَبَنِيِّ عَمِّهِ عَلَى سَوَاءِ ، إذْ لَا خُصُوصِيَّةَ لِلْأَخِ (٥).

المنتخب ومالك وأحد قولي ش: بَلْ هُوَ أَخَصُّ بِأَخِيهِ إذْ اسْتِحْقَاقُهُمَا مِنْ جِهَةٍ وَاحِدَةٍ وَهِيَ الْإِرْثُ مِنْ أَبِيهِمَا دُونَ ، بَنِي الْعَمِّ ، وَإِذْ لَوْ مَاتَ وَرِثَهَا أَخُوهُ دُونَهُمْ ، وَكَالْخَلِيطِ مَعَ الْجَارِ .

قُلْنَا: لَا عِلَّةَ سِوَى الْخِلْطَةِ وَهُمْ فِيهَا سَوَاءٌ فَاشْتَرَكُوا.

وَكَذَا لَوْ تَمَلَّكَ شَخْصَانِ حِصَّةَ أَحَدِ الشُّرَكَاءِ ثُمَّ بَاعَ أَحَدُهُمَا حِصَّتَهُ فَفِي خُصُوصِيَّةِ شَرِيكِهِ الْخِلَافُ (٦).

" مَسْأَلَةٌ " ولَا يَسْتَحِقُّ الْوَارِثُ شُفْعَةً فِيمَا بِيعَ مِنْ مَالَ مُورِثِهِ إلَّا مَعَ سَبَبٍ .

---

1 - المرجع السابق.

2 - نهاية ورقة ٢٦٦ من (أ).

3 -هو الأمير الشهيد العالم مجد الدين بن بدر الدين يحيى بن محمد بن أحمد بن يحيى بن يحيى صنو الأمير الحسين مؤلف (الشفاء) (طبقات الزيدية الكبرى (١ / ٣٠).

4 - الغيث المدرار ج٣(خ)والتقرير ( ) .

5 - البحر الزخار - (٩ / ١٧٤).

6 - البحر الزخار - (٩ / ١٧٤)و المنتخب - (١ / ٢٢٨) .

الناصر والمؤيد: بَلْ يَسْتَحِقُّ بِمُجَرَّدِ الْإِرْثِ لِخُصُوصِيَّتِهِ ، وَأَنْكَرَ الإمام يحيى عن الناصر هَذِهِ الْحِكَايَةَ .

المؤيد: إذَا بِيعَ مَالُ الْمُسْتَغْرِقِ فَلِلْوَارِثِ الشُّفْعَةُ وَفِي المنتخب مَا مَرَّ.

قُلْنَا: لَا دَلِيلَ عَلَى اسْتِحْقَاقِهَا بِذَلِكَ، ولَعَلَّ المؤيد أَرَادَ الْأَوْلَوِيَّةَ لَكِنَّهُمَا يَفْتَرِقَانِ فَالْأَوْلَوِيَّةُ لَا يُشَارِكُ فِيهَا، وَهِيَ عَلَى التَّرَاخِي.

وَبَيْنَ الْوَرَثَةِ عَلَى حَسَبِ الْمِيرَاثِ وَتَجِبُ بِالْقِيمَةِ وَالشُّفْعَةُ بِالْعَكْسِ، ذكر هاتين المسألتين في البحر وهذا لفظه[1].

وهما في الغيث والزهور بمعناه بعبارة أبسط [2]، وفي الزهور ما لفظه "ظاهر قول المؤيد أن الوراثة سبب خامس، وعن أبي مضر والزوائد يكون مقدمة على الخليط.

واختلف في إطلاق كلام المؤيد على ثلاثة أقوال:

الأول: لأبي مضر أنه على ظاهره لأن لهم فسخ البيع، وأخذه بالقيمة فكذا لهم تقريره وأخذه بالثمن.

قال: ولا يقال إذا شفعوا فقد أجازوا فسقط[3] حقهم لأن إجازتهم كالمشروطة بأخذه.

الثاني: لأكثر فقهاء م بالله أن المراد بالمسألة إذا كان لهم سبب وفي التأويل بعد إذ لا فائدة في تخصيصهم.

الثالث:عن الكنى والفقيه ح أنه أراد بالشفعة الأولوية انتهى [4]، وسيأتي تفصيل الكلام في الأولوية في كتاب الوصايا إن شاء الله تعالى .

قوله عليلم: " **وتثبت وَتُسْتَحَقُّ ويملك بها بالبيع والطلب والحكم أو ما في الحكم** " هذه العبارة فيها لف و نشر، أي تثبت الشفعة بالبيع وتستحق بالطلب، ويملك بها المشفوع بالحكم، أو في حكمه وإنما قال "ويملك بها"، ولم يقل "ويملك" كما في الأزهار[5]، لأن الشفعة لا تملك وإنما يملك بها المشفوع، والمراد بما في الحكم تسليم المشتري للمشفوع فيه طوعاً، والألف واللام في لفظ الحكم الثاني بدل من الضمير إذ المعنى أو ما في حكمه كما

---

1 -البحر الزخار - (٩ / ١٧٦).
2 - الغيث المدرار ج٣(خ). و الزهور (خ).
3 - في (ب)"فيسقط".
4 - الزهور (خ).
5 - الأزهار - (١ / ١١٢).

تقدم، وهو على رأي بعض النحويين كما ذكروه في قوله تعالى:(فَإِنَّ الْجَنَّةَ هِيَ الْمَأْوَى)[١] أي مأواه، وإنما عدل [إليه] [٢] المؤلف عليلم لقصد الجناس والتورية والله تعالى أعلم.

ومعنى قولنا "أن الشفعة تثبت بالعقد" أنه لا يصح طلبها قبله ولا تبطل بالإبطال قبله فهو سببها يثبت بثباته وينتفي بانتفائه، ومعنى كونها تستحق بالطلب أنها تصير به حقاً للشفيع فلا يجوز للمشتري بعده التصرف في المبيع، ولا يكون متعدياً بما فعله فيه قبل الطلب، ولا يورث حيث مات الشفيع قبل الطلب بعد العلم بالبيع، ومعنى كونها تملك بالحكم، أو التسليم طوعا أنها تصير ملكاً بعد إن كانت حقاً أي يصير المشفوع فيه ملكاً للشفيع فيصح للشفيع فيه كل تصرف من بيع وغيره لاستقرار ملكه حينئذ، ولا يصح تصرفه قبل حصول أحد الأمرين، ولا يستحق أجرة لما أنتفع به المشتري ولا ضماناً لقيمة المبيع حيث تلف والله أعلم .

---

1 - النازعات: ٤١.

2 - الزيادة من (ب).

"فَصْـــــلٌ"

وتَبْطُلُ بنحو الإبطال بَعْدَ الْبَيْعِ وَإِنْ جَهِلَه " فإذا قال الشفيع بعد عقد البيع قد أبطلت شفعتي، أو قال للمشتري سلمت لك ما أستحقه من الشفعة، وهو المراد بنحو الإبطال فإن الشفعة تبطل بذلك، فأما إن[(١)] قال ذلك قبل عقد البيع فلا تبطل شفعته لأن ذلك إبطال للحق قبل ثبوته وفيه خلاف، الثوري والبتي، وجملة ما تبطل الشفعة به عشرة أمور، هذا أولها.

وقوله: " وَإِنْ جَهِلَه " معناه وإن أبطل الشفيع شفعته، أو سلمها حال كونه جاهلاً لوقوع البيع فإن شفعته تبطل ولا تأثير لجهله بعدم[(٢)] البيع ذكر ذلك القاضي زيد [(٣)].

[و][(٤)] قال أبو مضر: إنما تبطل في الظاهر لا في الباطن، وقيل بل في الظاهر والباطن، لأنه لا فرق بين العلم والجهل في إسقاط الحقوق بالقول لحديث على عليلم في إجازته نكاح العبد حيث قال له سيده طلق [(٥)].

قوله عليلم " **إلا لأمر لم يقع أو وارتفع** " يعني إلا أن يبطل[٦/أ] الشفيع شفعته أو يسلمها [لأمرٍ] [(٧)] بلغه نحو أن يبلغه أن الثمن مائة، وأن العقد فاسد ثم انكشف أن ذلك الأمر لم يقع وأن الثمن خمسون أو[(٨)] أن العقد صحيح فإن شفعته[(٩)] لا تبطل، وكذا لو بلغه أن الشراء لشخص فانكشف أنه لغيره، أو بلغه أن الثمن من جنس فانكشف أنه من جنس آخر، أو أن المبيع البعض فانكشف الجميع أو العكس فإن شفعته لا تبطل، وكذا لو ظن أن العقد فاسد وأن الشراء لزيد من غير إخبار فسلم أو نحوه فانكشف خلافه .

وقوله: " أو ارتفع " معناه أو وقع ذلك الأمر الذي أبطل شفعته، أو سلمها لأجله ثم ارتفع ذلك الأمر نحو أن يبلغه أن الثمن مائة أو يكون عنده أن العقد فاسد فأبطل شفعته، ثم أن البائع حط عن المشتري بعض المائة، أو حكم الحاكم بصحة العقد فإن شفعته تثبت حينئذ، وقيل[ح]: [(١٠)]بل يبطل ولو حكم الحاكم بصحة العقد[(١١)].

---

1 - في (ب)"إذا".
2 - في (ب)"لعدم".
3 - الجامع في الشرح (خ).
4 - الزيادة من (ب).
5 - شرح الأزهار - (٣ / ٢١٦).
6 - نهاية ورقة ٢٨٠ من (ب).
7 - في (ب)" لأجل أمر "بدل مابين المعقوفتين.
8 - في (ب)"و".
9 - في (ب)"الشفعة".
10 - الزيادة من (أ).
11 - شرح الأزهار - (٣ / ٢١٦).

قوله عليلم:" **ومنه تَمْلِيكِهَا الْغَيْرَ وَلَوْ بِعِوَضٍ وَلَا يَلْزَمُ بل يلزم** " أي ومن الأبطال للشفعة أن يملكها الشفيع غيره نحو أن يقول لغيره قد ملكتك حقي في الشفعة، أو وهبته لك فإنها تبطل بذلك ولو ملكها ذلك الغير بعوض، وسواء كان ذلك المملك هو[1/] المشتري أو غيره، ولا يلزم المملك ذلك العوض لأن الشفعة حق وبيع الحقوق لا يصح كما تقدم، وإنما بطلت الشفعة عند أهل المذهب بذلك لأنه إعراض عنها، وتراخٍ على أحد وجهي الشافعية أنه يجب رد العوض ولا تبطل الشفعة .

وقوله: "بل تلزم" معناه بل يلزم الشفيع رد ذلك العوض إلى مالكه لأنه في مقابلة عوض باطل، وفي هذه العبارة تورية وإيهام يشبه تضاد كما لا يخفى.

قوله عليلم: " **وتولي لا إمضاؤه غالباً** " أي ومن الإبطال للشفعة أن يتولى الشفيع بيع الشيء المشفوع فيه فإن شفعته تبطل بذلك على المذهب وعند ح والشافعي لا تبطل بذلك، وعلل أهل المذهب بطلانها بأن توليه البيع يقتضي تسليمه للمبيع تسليم للشفعة، وهذا حيث يكون له تسليم الشفعة بأن يكون هو المستحق لها لا حيث يكون ولياً لمستحق الشفعة أو وكيلاً له بطلبها فإنها لا تبطل بتوليه البيع إذ ليس له حينئذ [2].

وقوله "لا إمضاؤه" معناه لا بإمضائه للبيع نحو أن يشترط البائع الخيار لمن له الشفعة فأمضى البيع فإن شفعته لا تبطل بالإمضاء عندنا، وهو قول ش[3] لأن في إمضاء البيع تمام غرضه وكذلك لو ضمن عهده الثمن للبائع أو ضمن للمشتري درك المبيع فإن الشفعة لا تبطل [بالإمضاء] [4] بذلك إذ لا وجه لبطلانها بذلك ما لم يحصل به تراخ [5].

وعند أبي حنيفة أنها تبطل بذلك بالإمضاء [6].

وقوله: "غالباً" قال في الشرح: احتراز من ثلاث صور:

أحدها: أن تكون الشفعة لغير متولي البيع نحو أن يكون ولياً أو وكيلاً بالطلب فإن توليه للبيع لا يبطل الشفعة على من هو متولٍ عليه أو على من وكله ذكره

---

1 - نهاية ورقة ٢٦٧ من (أ).

2 - البحر الزخار - (٩ / ٢٢٦).

3 - في (ب)"للشافعي".

4 - الزيادة من (ب).

5 - البحر الزخار - (٩ / ٢٢٦).و مغني المحتاج (ج٢/ص٣٠٧).

6 - البحر الرائق (ج٨/ص١٦١).

في الغيث [١].

الصورة الثانية: أن يتولى الشفيع البيع فضولياً فإنها لا تبطل شفعته لأنها لا تتعلق به الحقوق، وهذا الاستثناء من قوله ويتولى البيع.

الصورة الثالثة: أن ينفرد المشتري بالخيار ويجعله للشفيع فإن إمضاء الشفيع للبيع يبطل شفعته لأن ذلك إعراض ورضا منه ببطلان الشفعة لأجل ثبوت الشفعة له مع انفراد المشتري لانبرامه من جهة البائع إلا أن يجهل الشفيع كون إمضائه هنا يبطل شفعته ، وهذا الاستثناء من قوله لا إمضائه انتهى بلفظه[٢].

قوله عليلم: " **وبِتَرْكِ**[٣] **الْحَاضِرِ الطَّلَبَ فِي الْمَجْلِسِ بِلَا عُذْرٍ غالباً** " أي ومما يقتضي بطلان الشفعة أن يترك الشفيع طلب الشفعة في مجلس البيع حيث هو حاضر فإذا ترك الطلب عند تمام البيع بلا عذر بطلت حينئذ شفعته إذا كان عالماً بأن التراخي يبطل الشفعة وعالماً بملكه السبب الذي يستحق به الشفعة، وعالماً باتصاله بالمشفوع فيه فأما لو ترك الطلب في المجلس لعذر كالخوف من ظالم يفعل معه إن طلب الشفعة ما يسقط به الواجب، أو ترك الطلب لجهله بأي الأمور الثلاثة المذكورة، فإن شفعته لا تبطل بذلك على المذهب، وتحقيق الكلام في ذلك أنه إما أن يجهل كون الشفعة مشروعة، أو يجهل ثبوتها للجار، أو لشريك الشرب أو الطريق أو يجهل كون العقد صحيحاً، ويظنه فاسداً أو يجهل كون المغصوب تستحق به الشفعة فيترك الطلب للجهل بأي [هذه] [٤] الأمور فإن شفعته لا تبطل بذلك عند الهادوية خلاف المؤيد [٥].

حجة الهادوية أن السكوت مع الجهل فيما هو قول لا يبطل به الحق كما في الصغيرة التي زوجها غير أبيها إذا سكتت بعد البلوغ ولم يفسخ لجهلها بأن لها الخيار، أو بأن خيارها على الفور فإن سكوتها لا يبطل خيارها كما تقدم .

وحجة المؤيد ظاهر الخبر الذي سيأتي ونحوه، وهكذا الخلاف حيث جهل كون التراخي عن الطلب مبطلاً للشفعة، وأما حيث جهل ملكه للسبب، أو جهل اتصاله بالمبيع المشفوع فيه فترك الطلب للجهل بذلك فإن المؤيد هنا يوافق الهادوية في أن الشفعة لا تبطل بذلك، وعند أبي حنيفة أن الشفعة تبطل بترك الطلب مطلقاً ولو تركه مكرهاً[٦].

---

1 -الغيث المدرار (ج٢/ص١٩٨).

٢ - الجامع في الشرح (خ) .

3 - في (أ)"وترك" .

4 - الزيادة من (أ).

5 - شرح الأزهار - (٣ / ٢١٧) .

6 - المبسوط للسرخسي(ج٢٣/ص٥) .

قال في الغيث: واعــلم أن الناس في الشفعة فريقان، فالمذهب وهو قول ح وأحد قولي ش: أنها على الفور [١].

وقال ك وش في قول: أنها على التراخي [٢].

واختلف كل فريق في ذات بينهم فالهدوية وح يعتبرون المجلس، ويقولون الفور أن يطلبها في المجلس، وإن تراخى ما لم يعرض[٣].

وقال م و ش: في قول بل الفور أن يطلبها عقيب الشراء من غير تراخ [٤].

وأما الفريق الثاني فقال ش: في أحد قوليه إلى ثلاثة أيام وفي قول الأبد ما لم تبطل [٥].

وقال ك: إلى سنة [٦]، وزاد في مهذب الشافعية قولاً رابعاً[/٧] للشافعي أنها على التراخي ما لم يرافع الشفيع إلى الحاكم ليجبره على الأخذ أو العوض، وصحح أنها على الفور [٨].

فإن قلت فما تقول الهادوية في قوله صلى الله عليه وآله "الشفعة نشطة كنشطة..." [٩] إلى آخر الخبر، وقوله صلى الله عليه وآله" الشُّفْعَةُ لِمَنْ وَاثَبَهَا "[١٠].

قلت: يحملونها على أن المراد بذلك المجلس قياساً على سائر العقود لأن الشفعة حق يوجب التمليك فوجب أن يعتبر فيه المجلس كسائر العقود التي توجب التمليك انتهى بلفظه[١١].

تنبيــــهٌ: قوله صلى الله عليه وآله " الشفعة كنشطة عقال" تمامه "فإن قيدها مكانه ثبت حقه وإلا فاللوم عليه" حكاه في أصول الأحكام ونحوه في الشفا [١٢].

---

1 -وهو الأظهر المنصوص في الكتب الجديدة.كما قال النووي في الروضة (ج٥/ص١٠٧).
2 -بداية المجتهد (ج٢/ص١٩٨).
3 -البحر الرائق (١٤٦/٨).و (بدائع الصنائع ج٥/ص٢١).
4 - روضة الطالبين (ج٥/ص١٠٧) .
5 - المرجع السابق.
6 - بداية المجتهد (ج٢/ص١٩٨).
7 - نهاية ورقة ٢٨١ من (ب).
8 - المهذب (ج١/ص٣٨٠).
9 - سيأتي تخريجه قريباً .
10 - أخرجه عبد الرزاق في المصنف-رقم ١٤٤٠٦ وقال وهو قول معمر (ج٨/ص٨٣).وقال صاحب الدراية " حديث "الشفعة لمن واثبها" لم أجده وإنما ذكره عبد الرزاق من قول شريح وكذا ذكره قاسم بن ثابت في أواخر غريب الحديث.الدراية في تخريج أحاديث الهداية (ج٢/ص٢٠٣).
11 -الغيث المدرار ج٣(خ) .
12 - أصول الأحكام في الحلال والحرام (٢ / ٧٧) و شفاء الأوام - (٣ / ٣) ونسبه في التلخيص إلى ابن حزم من حديث ابن عمر نحوه.

وقوله: " الشفعة لمن واثبها"[1] حكاه فيهما أيضاً، والذي في التلخيص فيهما ما لفظه " حَدِيثُ "الشُّفْعَةُ كَحَلِّ الْعِقَالِ" ابن ماجة وَالْبَزَّارُ من حديث ابن عُمَرَ بِلَفْظِ " لَا شُفْعَةَ لِغَائِبٍ وَلَا لِصَغِيرٍ والشفعة كَحَلِّ الْعِقَالِ" وَإِسْنَادُهُ ضَعِيفٌ جِدًّا، وقال البزار في رِوَايَةِ محمد بن عبد الرحمن بن الْبَيْلَمَانِيِّ[2] وله مناكير كَثِيرَةٌ وَأَوْرَدَهُ ابن عَدِيٍّ[3] في تَرْجَمَةِ مُحَمَّدِ بن الْحَارِثِ[4] رَاوِيهِ عن ابن الْبَيْلَمَانِيِّ وَحَكَى تَضْعِيفَهُ وَتَضْعِيفَ شَيْخِهِ، وقال ابن حِبَّانَ لَا أَصْلَ له، وقال أبو زُرْعَةَ مُنْكَرٌ وقال الْبَيْهَقِيُّ ليس بِثَابِتٍ.

حديث رُوِيَ أَنَّهُ صلى اللَّهُ عليه وآله قال: "الشُّفْعَةُ لِمَنْ وَاثَبَهَا وَيُرْوَى الشُّفْعَةُ كَنَشْطِ عِقَالٍ". الْمَاوَرْدِيُّ هَكَذَا بِلَا إسْنَاد وَذَكَرَهُ ابن حَزْمٍ [بِلَفْظِ الشُّفْعَةُ كَحَلِّ الْعِقَالِ قال فَإِنْ قَيَّدَهَا مَكَانَهُ ثَبَتَ حَقُّهُ وَإِلَّا فَاللَّوْمُ عليه ذَكَرَهُ عبد الْحَقِّ[5] في الْأَحْكَامِ عنه وَتَعَقَّبَهُ ابن الْقَطَّانِ بِأَنَّهُ لم يَرَهُ[6] في] [7] الْمُحَلَّى وَأَخْرَجَ عبد الرَّزَّاقِ من قَوْلِ شُرَيْحٍ إنَّمَا الشُّفْعَةُ لِمَنْ وَاثَبَهَا وَذَكَرَهُ قَاسِمِ بن ثَابِتٍ[8] في دَلَائِلِهِ "انتهى [9].

قوله عليلم: " **وكذا طلب مَنْ لَيْسَ لَهُ طَلَبُهُ**" أي وكذا يبطل الشفعة مطالبة الشفيع بها من ليس له مطالبته، والذي له مطالبته هو المشتري مطلقاً سواء كان قبل قبضه[10] المبيع أم بعده، وأما البائع فإن لم يكن قد سلم المبيع للمشتري فله مطالبته، وإلا فلا هذا هو الصحيح للمذهب على ما صححه أبو العباس[/11]

---

1 -سبق تخريجه آنفاً.

2 -هو محمد" بن عبد الرحمن بن البيلماني الكوفي النحوي مولى آل عمر روى عن أبيه وعن خال أبيه ولم يسمه قال عثمان الدارمي عن بن معين ليس بشيء وقال البخاري وأبو حاتم والنسائي منكر الحديث وقال البخاري وكان الحميدي يتكلم فيه لضعفه (تهذيب التهذيب - (٣٠ / ٢٩٣) .

3 -هو عبد الله بن عدي الجرجاني،أبو أحمد: علامة بالحديث ورجاله، كان يعرف في بلده بابن القطان، واشتهر بين علماء الحديث بابن عدي.له " الكامل في معرفة الضعفاء والمتروكين من الرواة - خ " توفي رحمه الله عام (٣٦٥ هـ) الأعلام للزركلي (٤ / ١٠٣) .

4 -هو محمد بن الحارث بن زياد بن الربيع الهاشمي الحارثي أبو عبد الله البصري روى عن محمد البيلماني وأبي الزناد وغيرهما، قال الدوري عن ابن معين ليس بشيء وقال بن عدي عامة ما يرويه غير محفوظ وقال الساجي يحدث عن بن البيلماني بمناكير تهذيب التهذيب - (٣٠ / ١٠٥).

5 -هو عبد الحق بن عبد الرحمن بن عبد الله الازدي الاشبيلي، أبو محمد، المعروف بابن الخراط، من علماء الأندلس، كان فقيها حافظا عالما بالحديث وعلله ورجاله، له (المعتل من الحديث) و (الأحكام الشرعية) وغيرها كثير، توفي عام (٥٨١ هـ)الأعلام للزركلي - (٣ / ٢٨١) .

6 -في المخطوط "لم يروه " والصحيح ما أثبته.

7 -سقط من (أ).

8 -هو قاسم بن ثابت بن حزم العوفي السرقسطي، أبو محمد: عالم بالحديث واللغة، رحل مع أبيه من سرقسطة إلى مصر ومكة، ويقال: إنهما أول من أدخل كتاب " العين " إلى الأندلس، وأريد صاحب الترجمة على القضاء بسرقسطة فامتنع، وتوفي فيها عام (٣٠٢ هـ) ، له " الدلائل على معاني الحديث بالشاهد والمثل - خ " الأعلام للزركلي - (٥ / ١٧٤).

9 -التلخيص الحبير(ج٣/ص٥٦) .

10 - في (ب)"قبض ".

11 - نهاية ورقة ٢٦٨ من (أ).

وأبو طالب والحقيني لمذهب الهادي عليلم [١].

[وقال المؤيد: إذا المشتري بطلت شفعته مطلقاً، وهو ظاهر إطلاق الهادي عليلم] [٢] وحاصل المسألة أنه إن طلب المشتري صح طلبه إجماعا سواء كان المبيع في يده أم في يد البائع، وإن طالب البائع فإن كان المبيع في يده ففيه الخلاف المتقدم، وإن كان في يد المشتري فإن علم الشفيع ذلك، وعلم أن شفعته تبطل بطلبه إياها بطلت شفعته بذلك ولعله إجماع، فإن ظن بقاه مع البائع فعلى تخريج المؤيد تبطل شفعته، وعلى تخريج أبي العباس لا يبطل لكن عند أن يعلم بطلب المشتري، وإن علم كونه في يد المشتري ولكن ظن أن ذلك لا يبطل شفعته، فعن المؤيد وأبي حنيفة وش يبطل وعن الهادي و ط: لا يبطل [٣].

قال في الغيث: وهو الصحيح للمذهب لأن الجهل عذر عند الهادي عليلم [٤].

[قوله عليلم] [٥]: "**أَوْ بِغَيْرِ لَفْظِه** " يعني أو طلباً الشفيع المبيع بغير لفظ الطلب المعتبر في طلب الشفعة إذا فعل [ذلك] [٦] عالماً بأن شفعته تبطل بذلك كما تقدم، فإن فعل ذلك جاهلاً لم تبطل شفعته على الصحيح للمذهب كما مر، واللفظ المعتبر في طلب الشفعة أن يقول أنا أطلبك الشفعة أو مطالب، أو أنا شافع أو مستشفع أو شفعت أو ما هو [بمعنى ذلك] [٧] لا إذا[٨] قال عندك لي شفعة أو نحو ذلك فإنها تبطل إلا أن يجهل كما مر، والوجه في ذلك أن مثل هذا إخبار لا طلب، وعن المؤيد أنه إذا قال أنا لا أترك شفعتي كان ذلك طلباً لأن ضد الترك الطلب، وإنما حذف المؤلف عليلم قوله في الأزهار، "أو طلب المبيع بغيرها"[٩] لدخول معنى ذلك تحت قوله "أو بغير لفظه" لأنه إذا طلب المبيع بغير [لفظ] [١٠] الشفعة فقد طلبه بغير لفظ الطلب فلم يبق لزيادة ذلك اللفظ فائدة.

وصورة طلب المبيع بغير الشفعة نحو أن يقول للمشتري بع مني هذا الذي استحق فيه الشفعة، أو هبه لي، أو نحو ذلك، فإن شفعته تبطل إذا كان عالماً لأن ذلك تراخٍ، وتقرير لملك المشتري، وأما مع الجهل فيحتمل أنه عذر عند الهادوية[١١] مطلقاً كما مر، ويحتمل أن

---

1 - **شرح الأزهار - (٣ / ٢١٩) .**
2 - **سقط من (ب).**
3 - **شرح الأزهار - (٣ / ٢١٩) .**
4 - **الغيث المدرار ج٣(خ) .**
5 - **سقط من (ب).**
6 - **سقط من (ب).**
7 - **في (ب)"بمعناه" بدل مابين المعقوفتين.**
8 - **في (ب)" لو".**
9 - **الأزهار - (١ / ١١٢).**
10 - **سقط من (ب).**
11 - **في (ب)"الهادي ".**

الجهل إنما يكون عذراً مع السكوت لا مع النطق بما يقتضي الإبطال كما تقدمت الإشارة إليه.

قال في الغيث: ومن هذا القبيل أن يدعي أن المبيع [ملك له لا بالشفعة] [١] فإن ذلك يبطل شفعته لا حيث يدعي أنه ملكه بالشفعة، ويصرح بذلك فإنها لا تبطل، ذكره أبو مضر، وقد أطلق م بالله أنه إذا ادعى الملك فعجز عن تصحيحه فادعى الشفعة لم تبطل شفعته.

قيل ح س: وهو محمول على أنه أراد الملك بالشفعة فيقبل قوله [و] [٢] إن لم يظهره وكذا الفقيه مد.

قلت: وفيه تعسف وظاهر قول المؤيد يقضي بخلافه انتهى [٣].

وفي الشرح ما لفظه "وقيل [ي ل] [٤] : يبقى على ظاهره، ويحمل على ذلك فيحمل على أنه ادعى الملك بطريق الشفعة فكان المشتري قد[٥] سلمها له ثم جحدها.

وقال الأستاذ: يجب أن يضم طلبها إلى دعوى الملك فيقول أنا مدعي الملك إن ثبت، وإلا فأنا مطالب بالشفعة، وإلا لم تصح الشفعة ووجهه أنه [لم] [٦] يخرج بذلك عن التراخي في الطلب.

قال في الصعيتري: لكن فيه نظر لأنه إذا كان طلباً فقد تقدم على شرطه وهو عدم ثبوت الملك .

قيل ع: فيكون الصحيح أن دعوى الملك عذر في التراخي.

نعـــــم: وأما العكس وهو طلب الشفعة ثم الملك فهو إقرار للمشتري بالملك ذكره في التذكرة انتهى[٧].

قوله عليلم: " **أو بعض مشتري واحد غالباً** "يعني أو طلب الشفيع بالشفعة بعض شيء اشتراه شخص واحد بعقد واحد مع علم الشفيع بذلك، وبأن طلبه لذلك يبطل لشفعته فإن شفعته تبطل بذلك لاقتضائه تفريق الصفقة على المشتري، وهو لا يجوز للإضرار [و] [٨]

---

1 - في (ب)" ملكه لا بالشفعة "بدل مابين المعقوفتين.
2 - الزيادة من (ب).
3 -الغيث المدرار ج٣(خ) .
4 - في (ب)"ل ي" بدل مابين المعقوفتين.
5 - في (ب)"كان".
6 - الزيادة من (ب).
7 - الجامع في الشرح (خ) والتذكرة (٣٩٠) .
8 - الزيادة من (أ).

في طلبه لذلك تراخٍ فيطلب شفعته فإن كان جاهلاً لأي الأمرين لم تبطل شفعته على المختار للمذهب كما تقدم .

وقوله "غالباً " احتراز من صور :

الأولى: أن يشتري المشتري شيئين صفقة واحدة أحدهما يستحق[1/] الشفيع فيه الشفعة، والآخر لا يستحق فيه شفعة فللشفيع أن يشفع ما يستحق فيه الشفعة دون الآخر بحصته من الثمن سواء تميزت الأثمان أم لا، ولا يمنع من ذلك تفريق الصفقة إلا أن يكون المبيع متصلاً بمنزلة الشيء الواحد لم يصح أن يشفع بعضه عندنا خلافاً لأبي حنيفة وابن أبي الفوارس.

وقال الناصر: ليس له إلا أخذ الكل، أو الترك، وأما حيث المشتري [جماعة] [٢] لأنفسهم أو لغيرهم فله أن يشفع نصيب من شاء منهم إذ لا تفريق بالشفعة حينئذ هذا هو المذهب، و[هو] [٣] قول أبي ح و ش [٤]، وقال ك: بل يأخذ الجميع أو يدع[٥] .

الصورة الثانية: أن يكون المشتري شخصاً واحدا، إما بوكالة وأضاف إليهم باللفظ أو كان فضولياً وأجازوا، فإن للشفيع أن يشفع حصة من شاء منهم لأن الحقوق لا تتعلق بالمشتري في الصورتين كلتيهما .

الصورة الثالثة: أن يشتري المشتري ذلك المبيع صفقتين فللشفيع أن يطلب الشفعة في إحدى[٦] الصفقتين دون الأخرى .

[الصورة] [٧]الرابعة: أن يموت الشفيع قبل العلم بالبيع أو بعده أو بعد الطلب فإن الشفعة تكون بعد موته لورثته فإن أبطلها أحدهم لم تبطل شفعة الباقين بل أيهم طلب الشفعة استحق من المبيع بقدر ميراثه وتبطل حصة المبطل .

قيل ح حميد: وذلك على أحد وجهين ذكرهما في مهذب الشافعية[٨] ورجحه ابن مظفر في الكواكب [٩]، والوجه الثاني أنها تبطل في الكل لأنها شفعة واحدة، واستثناء هذه الصورة

---

1 - نهاية ورقة ٢٨٢ من (ب).
2 - الزيادة من (أ).
3 - سقط من (أ).
4 - شرح الأزهار (٣ / ٢٢١). و المبسوط للسرخسي (ج١٤/ص١٥٩). و بدائع الصنائع (ج٥/ص٢١). و روضة الطالبين (ج٥/ص١٠٦) .
5 - التاج والإكليل (ج٥/ص٣٢٨).
6 - في (ب)"أحد".
7 - سقط من (أ).
8 - في (ب)"الشافعي.
9 - المهذب(ج١/ص ٣٨١) والكواكب النيرة للفقيه يحيى بن مظفر(خ).

من الزوائد[1]، وهذه الصور الأربع مستثناة من قوله " أو بعض مشتري واحد"، وقد تناولت عبارة الأثمار معنى قوله في الأزهار" وَلَوْ لِجَمَاعَةٍ ومِنْ جَمَاعَةٍ"[2]، أما حيث كان المشتري واحداً لجماعة بالوكالة ولم يضف إليهم باللفظ فلأن الحقوق تتعلق به فلا يجوز تفريق الصفقة عليه كما تقدم خلافاً لمن يقول بأن[3] الحقوق لا تتعلق به فيجوز عندهم أن يشفع [الشفيع][4] نصيب من شاء من الجماعة وكذا حيث يكون المشتري شخصاً واحداً، والبائعون اثنين فصاعداً، وسواء كان المشتري له واحداً، أو أكثر فإن الشفيع إذا شفع [في][5] بعض المبيع بطلت شفعته على المذهب، وعن الشافعي أنه إذا كان البائع جماعة صح أن يطلب الشفيع نصيب من شاء منهم .

قوله عليلم: " **وتَرَاخِي الْغَائِبِ مَسَافَةُ ثَلَاثٍ عقيب خبر نحو عدلين** " أي ومما تبطل به الشفعة تراخي الشفيع الغائب إذا كانت غيبته[6/] مسافة ثلاثة أيام فما دون وإنما أسقط [المؤلف عليلم] [7] قوله في الأزهار " فَمَا دُونَ "[8] للعلم به بطريق الأولى، فإن كانت مسافة غيبته فوق الثلاث لم تبطل شفعته بالتراخي عن الطلب والتوكيل به على المختار.

وقيل ع: لا فرق على المذهب بين قرب المسافة وبعدها لكن إن بعدت مقدار ما يجوز معه الحكم على الغائب نصب الحاكم وكيلاً عن المشتري إن كان ثمة حاكم وإن كان[9] ثلاثاً فما دون بطلت بتراخيه سواء كان في البلد أم خارجه، وإنما تبطل شفعته إذا تراخى عقيب [ذلك] [10] خبر نحو عدلين أخبراه بعقد البيع، وأراد بنحو العدلين عدلا أوعدلتين، فإذا تراخى عقيب ذلك بطلت شفعته ظاهراً وباطناً [11].

قال في الشرح: وإنما عدل عن عبارة الأزهار لأنها توهم أن الشفعة لا تبطل إلا بعد الشهادة المحققة الكاملة في العدد، والصفة واللفظ لا يغيرها فلا تبطل الشفعة إلا ديناً فقط، وليس كذلك لأنه لا قائل به، ولأنها لا تتصور تلك الشهادة إلا بعد كمال شروطها ومن جملتها الدعوى والإجابة، وذلك غير حاصل هنا ذكر ذلك المؤلف عليلم وهو المفهوم من

1 - الزوائد (خ)..
2 - الأزهار - (١ / ١١٢).
3 - في (ب)"إن".
4 - سقط من (ب).
5 - سقط من (أ).
6 - نهاية ورقة ٢٦٩ من (أ).
7 - الزيادة من (أ).
8 - الأزهار - (١ / ١١٢).
9 - في (ب)"كانت".
10 - الزيادة من (ب).
11 - شرح الأزهار - (٣ / ٢٢٢).

عبارة التذكرة وغيرها، وكذا في الزهور، حيث قال:" وأما في الظاهر فلا تبطل إلا بخبر عدلين".

قال: وقد أشار في تعليق الشرح إلى أنها لا تبطل بقول امرأتين[١] لأنه قال يراعى أن يكون قد أخبراه من يحكم بشهادته انتهى [٢].

قوله عليلم: " **أو ما يُثْمِرُ الظَّنَّ دِينًا** " يعني أو تراخي الغائب المذكور عن طلب الشفعة عقيب ما يحصل به الظن كخبر الواحد العدل ولو أمراه فإنها تبطل شفعته بذلك ديناً فقط، أي فيما بينه وبين الله تعالى لا في ظاهر الحكم فلا تبطل فيصح[٣] أن يدعي عليه المشتري أنه تراخى عقيب ذلك، فإن أقرّ أو نكل بطلت شفعته والله أعلم .

قوله عليلم: "م **[بالله]** [٤] **عن السَّيْرِ أَوْ الْبَعْثِ بِلَا عُذْرٍ قَدْرًا يُعَدُّ بِهِ مُتَرَاخِيًا** "أي قال المؤيد فإن تراخى الشفيع عن السير لطلب الشفعة، وعن بعث رسول لذلك عقيب حصول ما تقدم بطلت شفعته، ولا يجب عند المؤيد الطلب والإشهاد حال الغيبة، وإنما الواجب الخروج لذلك، واختاره المؤلف عليلم، وقال أبو العباس بل يعتبر أربعة أمور:

الطلب بلسانه ولو كان وحده، والخروج لطلب المشتري والإشهاد عليهما والمرافعة إلى الحاكم.

وقال ح: يطلب بلسانه ويشهد على [ذلك إن حضر اليهود وإلا خرج لطلب الشهود، ولا يجب الخروج لطلب الشفعة وقال أبو طالب يطلب ويشهد على] [٥] الطلب ويخرج ويشهد على السير ولم يذكر الطلب بلسانه إن كان وحده [٦].

قال في الشرح: وإنما عدل المؤلف عليلم عن عبارة الأزهار إلى هذه العبارة اختياراً منه لمذهب المؤيد، ولأن عبارة الأزهار لا تستقيم على قول ع لأنه يشترط الإشهاد على الطلب وعلى الخروج ويشترط المرافعة، ولم يذكر ذلك في الأزهار وكذلك لا يستقيم على سائر الأقوال انتهى [٧].

---

1 - في (ب)"المرأتين".
2 -التذكرة (ص ٣٩١). و الزهور (خ).
3 - في (ب)"ويصح".
4 - الزيادة من (ب).
5 - سقط من (ب).
6 - شرح الأزهار - (٣ / ٢٢٣) .
7 - الجامع في الشرح (خ) .

قال في الغيث: **واعلم** أنه عند [أن] [١] يظفر بالمشتري بطلت الشفعة ثم يرافعه ولا يستغنى بالطلب المتقدم انتهى [٢].

وقوله "بلا عذر" معناه أن التراخي إنما يكون مبطلاً للشفعة إذا لم يكن لعذر موجب فأما إذا كان لعذر كالخوف من عدو، أو سبع أو عسس أو نحو ذلك لم يبطل، وأما مجرد الوحشة ومشقة السير في الليل حيث بلغه الخبر فيه فليس بعذر ذكر ذلك المؤيد [٣].

وقال المنصور: بل مجرد الوحشة عذر [٤].

قيل: لعله أراد في حق من كان جباناً ضعيف القلب بحيث يتولد معه من الوحشة ضرر فيرتفع الخلاف.

قال في الغيث: وعلى الجملة أن المعتبر في العذر ما يعتبر في باب الإكراه فعلى قول المؤيد ما يخرجه عن حد الاختيار.

قيل ع: وعلى قول الهادوية يعتبر الإجحاف، وقال أبو حنيفة [٥/] تبطل الشفعة إذا ترك الطلب ولو مكرها [٦].

وقوله عليلم: " **قَدْرًا يُعَدُّ بِهِ مُتَرَاخِيًا**" معناه أن حد التراخي المبطل للشفعة أن يتراخى عقيب [إن بلغه] [٧] خبر البيع ما يعد به متراخياً في العرف نحو أن يكون في قطع شجرة، أو خياطة ثوب فيتمهما أو شرع في صلاة نافلة، أو في فريضة والوقت متسع أو نحو ذلك، وأما مع تضييق وقت الفريضة فلا يعد متراخياً بالشروع فيها.

وقيل س[٨]: الظاهر أن الشروع في الفريضة لا تبطل الشفعة ولو كان الوقت متسعاً، وكذا تمام الفريضة بمسنونها لا يكون متراخياً فإن كان في نافلة سلم على ركعتين فإن[٩] كان قد دخل في النافلة[١٠] .

---

1 - سقط من (ب).
2 - الغيث المدرار ج٣(خ) .
3 - شرح الأزهار - (٣ / ٢٢٣) .
4 -المرجع السابق.
5 - نهاية ورقة ٢٨٣ من (ب).
6 -الغيث المدرار ج٣(خ) .
7 - في (ب)"أن يبلغه".
8 - في (ب)"ف".
9 - في (ب)"وإن".
10 - في (ب)"الثالثة".

قيل[1]ع: سلم[2] عليها وإلا بطلت شفعته، وقيل بل يتمها أربعاً، وأما تقديم السلام فالمذهب أنه لا يبطل الشفعة، وهو قول أكثر العلماء لقوله صلى الله عليه وآله " السَّلَامُ قبل الْكَلَامِ "[3] [ونحوه] [4].

وقال المؤيد [بالله] [5] والمرتضى وأبو يوسف: بل تبطل الشفعة بتقديمه قيل لأنه دعا للمشتري بالأمان، وقيل بل لأن فيه تراخياً ولا فرق بين أن يكون مبتدئاً أو راداً [6].

تنبيـــــهٌ: هذا الحديث الذي احتج به أهل المذهب قد ذكر نحوه في البحر، حيث قال:" المذهب والفريقان: وَلَا تَبْطُلُ بِتَقْدِيمِ السَّلَامِ، لِقَوْلِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ" مَنْ بَدَأَ بِالْكَلَامِ قَبْلَ السَّلَامِ فَلَا تُجِيبُوهُ "[7] انتهى [8].

وفي التلخيص ما لفظه" قَوْلُهُ السُّنَّةُ السَّلَامُ قبل الْكَلَامِ التِّرْمِذِيُّ من حديث جَابِرٍ وقال إنَّهُ مُنْكَرٌ وَحَكَمَ عليه ابن[9] الْجَوْزِيِّ[10] بِالْوَضْعِ وَذَكَرَهُ بن عَدِيٍّ في تَرْجَمَةِ حَفْصِ بن عُمَرَ الْأَيْلِيِّ[11] وهو مَتْرُوكٌ بِلَفْظِ السَّلَامُ قبل السُّؤَالِ من بَدَأَكُمْ بِالسُّؤَالِ قَبْلُ [السلام] [12] فَلَا تُجِيبُوهُ" انتهى [13].

فــــــرعٌ: وَلَا تَبْطُلُ بِتَرْكِ تَكْرَارِ الْمُرَافَعَةِ إلى الْحَاكِمِ ، إذْ قَدْ تَقَرَّرَتْ بِالطَّلَبِ عند العترة وأبي حنيفة والشافعي [14]، وقال أبو يوسف بل تَبْطُلُ بذلك إذ هو إعْرَاضٌ [15].

---

1 - في (ب)"فقيل".
2 - في (ب)"يسلم".
3 - أخرجه الترمذي في سننه -كتاب الاستئذان عن رسول اللَّهِ r -بَاب ما جاء في السَّلَامِ قبل الْكَلَامِ -رقم٢٦٩٩ ،قال أبو عِيسَى: هذا حَدِيثٌ مُنْكَرٌ(ج٥/ص٥٩).
4 - الزيادة من (أ).
5 - الزيادة من (ب).
6 -الغيث المدرار ج٣(خ)والتذكرة (ص٣٩١)بنحوه .
7 - أخرجه الطبراني في المعجم الأوسط - باب من اسمه إبراهيم - رقم٤٢٩ (ج١/ص١٣٦). و حلية الأولياء وطبقات الأصفياء، لأبي نعيم أحمد بن عبد الله الأصبهاني، -دار الكتاب العربي - بيروت - ١٤٠٥، ط٤: الرابعة (ج٨/ص١٩٩) وحسنه الألباني. ينظر (صحيح وضعيف الجامع الصغير - (٢٣ / ٦٧) .
8 - البحر الزخار (٩ / ٢٢٨) .
9 - في (أ)"بن"كما في التلخيص.
10 -هو عبد الرحمن بن علي بن محمد الجوزي القرشي البغدادي، أبو الفرج: علامة عصره في التاريخ والحديث، كثير التصانيف، مولده ووفاته ببغداد، ونسبته إلى (مشرعة الجوز) من محالها، له نحو ثلاث مئة مصنف، منها (تلقيح فهوم أهل الآثار، في مختصر السير والأخبار توفي عام (٥٩٧هــ).الأعلام للزركلي - (٣ / ٣١٦) .
11 -هو حفص بن عمر بن ميمون أبو إسماعيل الأيلي والد إسماعيل بن حفص روى عن جعفر بن محمد ومحمد بن عجلان وعبد الله بن المثنى سمع منه أبي وروى عنه يزيد بن سنان البصري نزيل مصر حدثنا عبد الرحمن قال سألت أبي عنه فقال كان شيخا كذابا الجرح والتعديل - (٣ / ١٨٣).
12 - الزيادة من (ب) وليست في التلخيص.
13 - التلخيص الحبير (ج٣/ص٥٧).
14 - تحفة الفقهاء (ج٣/ص٥٥).
15 - البحر الرائق (ج٨/ص١٤٨).

قُلْنَا: بَعْدَ الْمُرَافَعَةِ [١].

قال الإمام ح[٢]: ولا تبطل بمجيء الشفيع إلى الحاكم قبل طلبها من المشتري إذ هو تفرغ لطلب الحق [٣].

[قوله عليلم] [٤] :" **وبِخُرُوجِ السَّبَبِ عَنْ مِلْكِهِ غالباً** " أي وتبطل الشفعة بخروج السبب المشفوع به عن ملك الشفيع ببيع أو هبة أو نحوهما .

وقوله:" غالباً " احتراز من أن يخرج السبب [المشفوع به] [٥] عن ملكه بغير اختياره كالقسمة بالحكم، وكبيع الحاكم السبب لقضاء دينه أو شفع عليه ما يستشفع به، فإنها لا تبطل شفعته بأي ذلك [و] [٦] هذا قول ط وهو المذهب [٧].

وقال المؤيد: بل يبطل سواء خرج عن ملكه باختياره أم بغير اختياره، لأنها إنما شرعت لدفع المضرة، وقد زالت [٨/]، وقال أبو حنيفة: لا تبطل بذلك [مطلقاً] [٩] لأن المعتبر أن يكون السبب في ملكه حال الشراء [١٠].

قال في شرح الإبانة: أما لو باع بعض السبب لم تبطل شفعته إجماعا، وكذا إذا كان جاراً أو[١١] خليطاً فباع النصيب فيما هو خليط فيه فله أن يشفع بالجوار [١٢].

ويحترز أيضاً بقوله "غالباً" من أن يخرج السبب عن ملكه باختياره بعد الحكم له بالشفعة فإن شفعته لا تبطل بذلك، وذلك ظاهر لا حاجة إلى الاحتراز عنه إلا لزيادة الإيضاح، فأما قبل الحكم بها فتبطل، ولو كان قد قيدها بالطلب.

تنبيـــــهٌ: أما لو ملك السبب بعقد فاسد فشفع به ثم أراد الحاكم أن يفسخ العقد لفساده فطلب الشفيع تأخير الفسخ حتى يحكم له بالشفعة احتمل أن [له] [١٣] ذلك كما ذكر في الوافي

---

1 - البحر الزخار - (٩ / ٢٣٦).
2 - في (ب)"ي" وكلاهما رمز للإمام يحيى ....
3 - البيان لابن مظفر (٧٣٠/٢) بنحوه.
4 - سقط من (أ).
5 - سقط من (ب).
6 - الزيادة من (ب).
7 - البحر الزخار - (٩ / ١٨٢) .
8 - نهاية ورقة ٢٧٠ من (أ).
9 - سقط من (أ).
10 - البحر الزخار - (٩ / ١٨٢) وحاشية ابن عابدين (ج٦/ص٢٤٤).
11 - في (ب)"و".
12 - شرح الإبانة (خ) .
13 - الزيادة من (ب).

إذا شفع في السبب المستشفع به آخر الحكم عليه بالشفعة حتى يحكم له بالشفعة واحتمل خلاف هذا وهو أن[١] لا يؤجل في الفاسد، ولكن يحكم لمن سبق هكذا في الغيث [٢].

قال في الشرح: واعلم أن المؤلف عليلم قد حرر في هذا الفصل ما تبطل به الشفعة مع العلم والجهل، وما يبطل به مع العلم فقط فجعل ما كان مستلزماً لسبب السقوط، ومتضمناً له مبطلاً للشفعة مع العلم به لا مع الجهل، وذلك مثل التراخي من الحاضر في مجلس البيع، والغائب عنه، ومن ذلك طلب بعض المبيع لأنها لم تبطل الشفعة به إلا لكونه متراخياً في الباقي وكذا طلب من ليس له طلبه أو المبيع بغيرها لأن ذلك متضمن للتراخي المبطل للشفعة والهادويّة يفرقون بين العلم والجهل فيه كما مر، وجعل ما كان بنفسه سبباً لسقوط الشفعة مبطلاً لها مع العلم والجهل وذلك مثل إبطالها وإسقاطها، ومثل تولي البيع لأنه تسليم كما مر وقد أشار المؤلف [عليلم] [٣] إلى اختلاف هذه المسائل في ذلك الحكم حيث عطف قوله، وكذا طلب من ليس له طلبه وما يتعلق به وتراخى الغائب على قوله، وترك الحاضر الطلب بلا عذر عالماً وعطف قوله وبخروج [السبب]على قوله بنحو الإبطال وهذا بالنظر إلى التقييد بالعلم وعدمه، وإلا فهي كلها معطوفة على أول الفصل بالنظر إلى بطلان الشفعة.

وأما قوله "أو بغير لفظه أو بعض مشتري[٤] واحد" فهما عطف على لفظ الطلب من قوله، وكذا طلب من ليس له طلبه إذ لفظه الطلب مقدره فيها[٥] فكانا عطفاً عليها من جهة هذا النظر وإلا فالجميع عطف على أول الفصل كما تقدم .

نعـــــم: وقد أتى المؤلف عليلم بصيغ تفيد هذه العطوفات كما ترى انتهى بلفظه .

---

1 - في (ب)"أنه".

2 -الغيث المدرار ج٣(خ) .

3 - الزيادة من (أ).

4 - في (ب)"مشتر".

5 - في (ب)"فيهما".

"فَصْــــــلٌ"

وَلَا تَبْطُلُ بالشراء لنفسه أو للغير" أي ولا تبطل الشفعة بأن يشتري الشفيع لنفسه ما له فيه شفعة بل شراؤه استشفاع ويشاركه باقي الشفعاء، فَلَوْ اشْتَرَى أَحَدُ الْخُلَطَاءِ حِصَّةَ أَحَدِهِمْ فَشَفَعَهُ الثَّالِثُ لَمْ يَسْتَحِقَّ الشِّقْصَ بَلْ نِصْفَهُ كَلَوْ اشْتَرَاهَا غَيْرُهُ ، وعن الحسن البصري والبتي وابن سريج أن شفعة المشتري تبطل فَيَأْخُذُ الشَّفِيعُ جميع المبيع [١].

وفي الغيث عن مالك والشافعي إذا اشترى[٢] ماله فيه شفعة[٣] بطلت شفعته [٤].

قال في البحر: قُلْنَا : لَا وَجْهَ لِإِبْطَالِ حَقِّهِ مَعَ قِيَامِ سَبَبِهِ انتهى [٥].

قيل: ولا يحتاج إلى طلب ولا حكم ذكره المؤيد وأبو جعفر لأنه قد ملك، وكذا لا تبطل شفعة المشتري بشرائه لغيره بالوكالة ما له فيه شفعة عندنا، وهو قول ش خلافاً [٦/] لأبي حنيفة [٧].

قُلْنَا: لَا يَتَضَمَّنُ تَسْلِيمَهُ الْمَبِيعَ بِخِلَافِ بَيْعِهِ لَهُ [٨].

قوله عليلم: " **ويَطْلُبَ نَفْسه ولَا يُسَلِّمُ إِلَيْهَا**" يعني وإذا شرى[٩] لغيره ما له فيه شفعة وجب أن يطلب نفسه .

قيل ح: ويشهد على الطلب [١٠].

قيل ع: والقياس أنه لا يحتاج إلى إشهاد[١١]، ولا يحتاج إلى مرافعة لأنه لا يناكر نفسه[١٢]، [و] [١٣] قال الإمام ح[١٤]: الشراء كاف في الطلب فلا يطلب نفسه [١٥].

قال في البحر: قلت فِيهِ نَظَرٌ إذْ لَا طَلَبَ قَبْلَ الْبَيْعِ.

---

1 - البحر الزخار - (٩ / ٢٤١) .
2 - في (أ)"شرا".
3 - في (ب)"الشفعة".
4 -الغيث المدرار ج٣(خ) .
5 - البحر الزخار - (٩ / ٢٤١) .
6 - نهاية ورقة ٢٨٤ من (ب).
7 - الحاوي الكبير (ج٧/ص٢٩٨).
8 - البحر الزخار - (٩ / ٢٤١) .
9 - في (أ)"شرا".
10 - شرح الأزهار - (٣ / ٢٢٧).
11 - في (ب)"الاشهاد".
12 - المرجع السابق.
13 - الزيادة من (ب).
14 - في (ب)"ي".
15 - البحر الزخار - (٩ / ٢٤١) .

وقوله: "ولا يسلم إليها" معناه أنه ليس له أن يسلم إلى نفسه المشفوع فيه إذ لا يستحق الإنسان على نفسه حقاً وإنما يملكه بالحكم أو تسليم الموكل.

قال في الغيث: قلت وإنما يطلب نفسه حيث كان وكيلاً أو ولياً لأن الحقوق تعلق به بخلاف ما إذا كان فضولياً، و أضاف الشراء إلى موكله باللفظ فإن يطلب الأصل وكذا يأتي على القول بأن حقوق العقد يتعلق بالموكل لا الوكيل.

قيل: وعلى أصلنا أنه إن طالب من الشيء في يده من وكيل أو موكل صح ذلك وإن طالب أحدهما والشيء في يد الآخر.

فقيل ح : إن طالب الوكيل صح وإن طالب الموكل بطلت وعن أبي مضر والكنى عكس هذا، وقد قال المؤيد في الزيادات يطالب وكيل الشراء إن كان المبيع في يده ففي هذا إشارة إلى قول أبي مضر والكنى وقد جعل الشفعة من حقوق البيع فإن شراء شيئاً لولده فيه الشفعة شفع نفسه لولده على قول المؤيد الأخير وأبي حنيفة وأصحابه والشافعي، وعلى قول المؤيد القديم لا يصح أن يأخذ لابنه من نفسه أما إذا باع من مال نفسه ما لابنه فيه شفعة.

قيل: كان له أن يستشفع له كما لو باع بالوكالة ما لابنه فيه شفعة وعن حواشي الزيادات لا شفعة له هكذا في الغيث .

قوله عليلم: " **وتمنتع الإقالة والفسخ فيما فيه شفعة غالباً** " المعنى أنه ليس للمتبايعين أن يتقايلا أو يتفاسخا فيما فيه شفعة للغير لأنه قد تعلق بالمبيع حق الشفيع .

وقوله: "غالباً " احتراز من أن يكون ذلك قبل طلب الشفيع للشفعة فإن التقايل والتفاسخ يصحان لكن الشفعة تتجدد في الإقالة وإن كان الشفيع قد أبطل شفعته لأن الإقالة بيع في حق الشفيع كما مر.

قال في الغيث: وهذا بشرطين:

الأول: أن يأتي بلفظ الإقالة لا بلفظ الفسخ فلو تفاسخا أو قالا رفعنا العقد لم يتجدد الشفعة بعد إبطالها لأن ذلك ليس ببيع.

الثاني: أن تكون الإقالة بعد قبض المشتري.

قال أبو جعفر: هي قبل القبض بيع فاسد فلا شفعة فيه، وعن أبي طالب أنها قبل القبض فسخ

بالإجماع [١].

قال عليلم : قلت وفي هذا الشرط نظر لأنهم لم يعتبروا قبولها في المجلس مع كونها بيعاً في حق الشفيع فكذلك لا يعتبرون القبض في حقه، ولعل الإجماع الذي ذكره أبو طالب أنها فسخ فيما عدا الشفيع وعند الشافعي أنها لا تتجدد بالإقالة إذا كان قد أبطلها [٢].

[تنبيـــــه] [٣]: إذا قلنا أن شفعته تتجدد بالإقالة بعد الإبطال فإنه يطالب المستقيل لأنه كالمشتري فإن طالب المقيل وهو المشتري الأول فعلى الخلاف لأنه كالبائع وحيث لا يكون قد أبطل شفعته قبل الإقالة يكون ذلك كما لو تنوسخ المبيع يطلب من شاء [من] [٤] المقيل والمستقيل [٥/أ].

نعـــــم: فإذا وقع التفاسخ بين المتبايعين بعد طلب الشفيع لم تبطل الشفعة بذلك إذ قد تقرر حق الشفيع بالطلب، وسواء كان التفاسخ بخيار رؤية أو شرط أو عيب، وأما حيث وقع التفاسخ بأي ما ذكر قبل طلب الشفيع فإن الشفعة تبطل بذلك [إذا وقع] [٦] الفسخ قبل استحقاقها.

وقيـــل [كافي] [٧]: لا تبطل مطلقاً لثبوت حق الشفيع بمجرد العقد فلا يبطله الفسخ كالإقالة.

وقيل ص بالله: تبطل مطلقاً إذ الفسخ هنا إبطال لأصل العقد فكأنه لم يقع [٨].

وقال [الإمام ح] [٩]: تبطل مطلقاً حيث فسخ برؤية أو شرط إذ يبطلان أصل العقد لا بالعيب إذ لم يبن عليه لعقد وربما لم يكن فلا يبطل بالمحتمل، وقيل يبطل مطلقاً أن فسخ بالحكم وإلا فلا [١٠].

قال في البحر: قُلْت طَلَبُ الشَّفِيعِ يُصَيِّرُ الْمُشْتَرِي كَالْوَكِيلِ فَيَقْوَى حَقُّهُ وَيَضْعُفُ مِلْكُ الْمُشْتَرِي، بِدَلِيلِ مَنْعِهِ مِنْ الِانْتِفَاعِ بَعْدَ الطَّلَبِ، فَلَمْ يَمْلِكْ الْفَسْخَ بَعْدَهُ " انتهى [١١].

---

1 -المرجع السابق.

2 - شرح الأزهار - (٣ / ٢٢٦). و روضة الطالبين (ج٥/ص٧٧).

3 - الزيادة من (ب).

4 - الزيادة من (ب).

5 - نهاية ورقة ٢٧١ من (أ).

6 - في (ب)"إذ قد".

7 - الزيادة من (أ).

8 -الكافي في شرح الوافي (خ).

9 - في (ب)"ي"بدل مابين المعقوفين.

10 - البحر الزخار - (٩ / ٢٤٤).

11 - المرجع السابق.

وظاهر قول المؤلف عليلم "وتمتنع الإقالة والفسخ" أنهما لا يصحان، وفي ذلك تفصيل وخلاف.

أما الإقالة فتحصيل أبي العباس أنها لا تصح بعد الطلب وتحصيل المؤيد أنها تصح، وأما الفسخ فقال ض يوسف[1]: على أصل المؤيد يصح بعد الطلب ولا تبطل الشفعة، وذكر أبو العباس على أصل يحيى عليلم أنه لا يصح بعد الطلب، كل ذلك خرجه ض يوسف على الإقالة [2].

وقولهم فيها والتحقيق في الفسوخ أن من قال ببطلان الشفعة [في الفسخ] [3] بعد الطلب، فقد قال بصحة الفسخ، ومن قال لا تبطل فقد قال لا يصح الفسخ .

قيل: والصحيح أن الإقالة والفسخ لا يصحان بعد الطلب كما هو مقتضى عبارة الأزهار والأثمار لأن في تصحيحها إبطالاً لحق قد ثبت للشفيع كما تقدم.

قال في الشرح: وإنما حذف المؤلف عليلم [قوله في الأزهار] [4] "ولَا تَبْطُلُ بِمَوْتِ الْمُشْتَرِي مُطْلَقًا ولَا الشَّفِيعِ بعد الطلب أو قبل الفعل أَوْ التَّمَكُّنِ"[5] [لأن الإمام المهدي عليلم إنما ذكر ذلك ليبين أن الشفعة تبطل بموت الشفيع قبل الطلب بعد العلم والتمكن] [6] وإلا فقد فهم معنى سائر الأطراف من الفصل الأول إذ قد حصل فيه ما تبطل الشفعة وفهم من ذلك إنما عداه ولا يبطل به، وأما المؤلف عليه السلام فاختار أن الشفعة لا تبطل بموت المشتري ولا الشفيع مطلقاً من غير تفصيل، وقد توالى قول الهادي عليلم أن الشفعة تبطل يعني بموت الشفيع بأنه مات، وقد صدره منه ما يبطل به الشفعة من تراخ ونحوه.

وحذف أيضاً قوله في الأزهار "ولَا بِتَفْرِيطِ الْوَلِيِّ والرَّسُولِ"[7] لدخول معنى ذلك في معنى تفسير غالباً المتقدم ذكره لأنه قد تقدم فيه أن الولي ونحوه إذ تولى البيع لم يبطل شفعة الصبي مثلا، ونحو ذلك تراخٍ فلم [8] يبطل كما مر.

---

1 -هو القاضي أبو يوسف الخطيب من أصحاب الهادي واسمه يوسف بن الحسن الجيلي الكلاري، خطيب المؤيد بالله، القاضي العلامة، له (شرح على الزيادات) ، (وحكى شيئا من سيرة المؤيد بالله) ومعدود من أصحابه وتلامذته. وهو غير الفقيه يوسف صاحب الثمرات؛ لأنه متأخر عن زمن المؤلف. ينظر (حاشية الانتصار على علماء الأمصار - (٢ / ٢٣)و طبقات الزيدية الكبرى (القسم الثالث) - (٣ / ١٤٩)بتصرف.

2 -الغيث المدرار ج٣(خ) .

3 - في (ب).

4 - الزيادة من (ب).

5 - الأزهار - (١ / ١١٣).

6 - سقط من (ب).

7 - الأزهار - (١ / ١١٣).

8 - في (ب)"ولم".

وحذف [قوله أيضاً] [1] "وَلَا بِالتَّقَايُلِ مُطْلَقًا وَلَا بِالْفَسْخِ"[2] لدخول معنى ذلك في قوله ويمتنع الإقالة والفسخ فيما فيه شفعة غالباً هذا وإن كان قد فهم معنى ذلك من مفهوم ما ذكر في الفصل الأول في[3] بيان ما يبطل به الشفعة لأن مفهومه إنما عدى ذلك لا يبطلها لا يقال فلم ذكر [/4] في هذا الفصل بعضاً مما في الأزهار مع أنه قد فهم معناه كما ذكرتم في البعض الآخر.

قال عليلم: ذلك المذكور يختص بأحكام لم يتقدم ما يدل عليها فاحتجنا إلى ذكرها كما ترى انتهى.

تنبيـــــهٌ: أما كون الشفعة لا تبطل بموت المشتري فذلك إجماع إذ لم يفصل دليلها [5].

قيل ع: فيطالب الشفيع الوصي، أو أحد الورثة [6] بالشفعة وإبطال القسمة، وأما كونها لا تبطل بموت الشفيع بعد الطلب فنص عليه الهادي عليلم وبقاه المؤيد [بالله] [7] على ظاهره، وهو أن الطلب قبل الموت شرط فلو مات قبل أن يطلب بطلت ووجه ذلك أنها تصير بالطلب حقاً مستحقاً كالتركة وخياره بالعيب .

وقال ط: في تعليل الهادي عليلم ما يقتضي أن الطلب قبل الموت ليس بشرط لأنه قال إذا طلب ثبت له الحق فينتقل إلى الورثة وإذا كانت العلة ثبوت الحق فهو ثابت قبل الطلب.

قال في الغيث: وكلام ط هو الذي صححناه بقولنا أو مات قبل العلم بالبيع أو قد علم ولم يتمكن من الطلب ثم مات قبل التمكن فإن الشفعة حينئذ تورث لأنه قد استحقها انتهى [8].

وفي البحر عن مالك والشافعي مثل قول ط، إذْ تَجِبُ بِنَفْسِ الْبَيْعِ، وفيه عن ح وأصحابه والثوري وأحد قولي م بالله لَا تُورَثُ، بَلْ تَبْطُلُ إذْ هِيَ خِيَارٌ لِاسْتِجْلَابِ مَالٍ كَخِيَارِ الْقَبُولِ وَالْإِقَالَةِ.

قال عليلم: قُلْنَا بَلْ خِيَارٌ شُرِعَ لِدَفْعِ الضَّرَرِ كَخِيَارِ الْعَيْبِ [9].

تنبيـــــه: وعلى قولنا أن الشفعة لا تبطل بتفريط الولي

---

1 - في (ب)"أيضاً قوله" بدل مابين المعقوفتين.
2 -الأزهار - (١ / ١١٣).
3 - في (ب)"من".
4 - نهاية ورقة ٢٨٥
5 - البحر الزخار - (٩ / ٢٣٧) .
6 - "قلت إن كان له ولاية مع الوصي" تمت . تعليق في الحاشية من (ب).
7 - الزيادة من (ب).
8 -الغيث المدرار ج٣(خ) .
9 - البحر الزخار - (٩ / ٢٠٤) .

و[1] الرسول.

قال أبو مضر: إلا أن تكون عادة الرسول التفريط والتراخي بطلت الشفعة بتراخيه إذا عرف المرسل ذلك منه فأما لو ترك الولي لحظ الصبي أو عدم ماله بطلت شفعته، ولم يكن له أن يطالب بها إذا بلغ [2].

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف: يصح تسليم الأب لشفعة صبيه مطلقاً، وقال [زفر ومحمد][3]: لا يصح تسليمه مطلقاً [4].

فـــــرعٌ: إذا بلغ الصبي فاختلف هو والمشتري هل سلم الولي أو لا فالقول للصبي إذ الأصل عدم التسليم فإن شهد الشهود بالتسليم فادعى الصبي عدم المصلحة فالظاهر المصلحة عند المؤيد ولو أقام الصبي البينة بعدم المصلحة احتمل أن لا يقبل لإنكاره التسليم فإن اتفقا على التسليم، واختلفا في المصلحة فعلى قول الهادي الظاهر عدمها، وعلى قول المؤيد الظاهر المصلحة ويأتي على قول ط في البيوع أن الظاهر فيما فعله الأب الصلاح وفيما فعله غيره من الأولياء عدم الصلاح .

---

1 - في (ب)"أو".

2 - شرح الأزهار - (٣ / ٢٢٥) .

3 - في (ب)"محمد وزفر" بدل مابين المعقوفتين.

4 - بدائع الصنائع (ج٥/ص١٦). و المرجع السابق.

"فَصْــــــلٌ"

ولِلْمُشْتَرِي قَبْلَ الطَّلَبِ الِانْتِفَاعُ وَالْإِتْلَافُ لَا بَعْدَهُ" أي ويجوز للمشتري قبل طلب[1] الشفيع للشفعة أن ينتفع بالمبيع وأن يتصرف فيه وأن يتلفه إن شاء لأنه ملكه، وإنما ثبت[2] حق الشفيع فيه بالطلب، هذا قول المؤيد واحد أقوال ط وهو المصحح للمذهب [3].

وقال أبو العباس: فليس[4] له ذلك بعد علمه بأن الشفعة مستحقة [5].

وقوله " لَا بَعْدَهُ " أي لا بعد طلب الشفيع فليس أن يتصرف في المبيع بوجه من الوجوه على المذهب [6].

قيل ل: فيأثم إن قطف الثمار بعد الطلب عند المؤيد، وقال ش ومالك وروى عن ط أنه يجوز له التصرف فيه حتى يحكم الحاكم للشفيع، وقيل لا يأثم إذا زرع فقط وعند ح تصرفه[7/] كتصرف الغاصب ولو قبل العلم، لأنه جعله متعديا بنفس الشراء ولعله يقول لا يأثم مع الجهل [8].

قوله عليلم " **لَكِنَّ لَا ضَمَانَ وَلَا أُجْرَةَ إلَّا بَعْدَ الْحُكْمِ** "أي لكن المشتري وإن كان عاصياً بالتصرف بعد الطلب[9] فلاضمان عليه حيث أتلف المبيع سواء كان قيمياً أم مثلياً لأنه ملكه كما مر، ولأن الشفعة إنما تكون مع بقاء المبيع ولا شفعة بعد تلفه، وإنما حذف المؤلف [عليلم] [10] قوله في الأزهار "لِلْقِيمَةِ "[11]، لأنه توهم أنه يضمن المثل حيث يكون المبيع مثلياً، وليس كذلك، وقد بيض لذلك في بعض نسخ الغيث، وكذلك [لا أجرة] [12] تلزمه، وإن استعمل المبيع لأن الشفيع إنما يملك المبيع بعد الحكم، أو التسليم طوعاً فلم يبطل عليه المشتري إلا حقاً والحقوق لا تضمن إلا أن يتلف المبيع، أو يستعمله بعد أن يحكم الحاكم

---

1 - في (أ)"الطلب".
2 - في (ب)"يثبت".
3 - البحر الزخار - (٩ / ٢١٠) .
4 - في (ب)"وليس".
5 - شرح الأزهار - (٣ / ٢٢٧) .
6 - البحر الزخار - (٩ / ٢١٠) وشرح الأزهار - (٣ / ٢٢٧) .
7 - نهاية ورقة ٢٧٢ من (أ).
8 -شرح الأزهار - (٣ / ٢٢٨)و البحر الزخار - (٩ / ٢١٠)و المهذب (ج١/ص٣٨٢). و الإقناع للشربيني (ج٢/ص٣٣٨). و الفواكه الدواني (ج٢/ص١٥٣). و بدائع الصنائع (ج٥/ص٣٠٤).
9 - في (ب)"للطلب".
10 - الزيادة من(ب).
11 - الأزهار - (١ / ١١٣).
12 - في (ب) "الأجرة" بدل مابين المعقوفتين.

للشفيع بالشفعة فإنه يضمن قيمة ما أتلف وأجرة ما استعمل لأن المبيع قد صار بعد الحكم ملكاً للشفيع كما مر.

قال في الشرح: وإنما حذف المؤلف عليلم قوله في الأزهار "أَوْ التَّسْلِيمِ بِاللَّفْظِ"(١) لأنه يوهم أنه يضمن قيمة المبيع إذا أتلفه بعد التسليم باللفظ من دون حكم وكذا الأجرة على أحد القولين كما سيأتي وليس كذلك بل هو كالمبيع في يد البائع بخلاف عبارة الأثمار فمصرحة بذلك فلم يكن للتسليم وحده فائدة .

قوله عليلم:" **وَلِلشَّفِيعِ الرَّدُّ بِمِثْلِه مَا يَرُدُّ بِهِ الْمُشْتَرِي إلَّا الشَّرْطِ**" فللشفيع أن يفسخ المشفوع فيه [بخيار العيب وبخيار الرؤية] (٢) ذكره المؤيد وأبو العباس، وسواء كان العيب حدث مع المشتري أم من قبل شرائه لأن خيار العيب يثبت لا بشرط، وإذا رده الشفيع على المشتري بعيب حاصل فيه من قبل الشراء فللمشتري الرد به على البائع حيث لم يكن قد وقع ما يبطل خياره، فأما(٣) خيار الرؤية فحكى الفقيه ي احتمالين لابن أبي الفوارس الرؤية(٤) وعدمه (٥).

وقوله:" إلَّا الشَّرْطِ " معناه إلا خيار الشرط فلا يثبت للشفيع لكنه إذا شرطه لنفسه بطلت شفعته كما تقدم.

وأما إذا شفعه في مدة خيار المشتري، فقال صاحب الوافي وصححه القاضي زيد لمذهب الهادي عليلم: أن الخيار يبطل فلا يكون له الرد به، فقال(٦) أبو طالب: بل يكون له من الرد ما كان للمشتري وكذا عن المؤيد (٧).

قوله عليلم :" **ونَقْضُ مُقَاسَمَتِهِ ووَقْفَهُ و نحوى عِتْقِهِ وَبَيْعِهِ**" فإذا كان مساغاً وحكم به للشفيع بعد أن قاسم فيه المشتري فإن للشفيع نقض مقاسمته سواء كانت بحكم أم بغير حكم .

قيل ح: لأن الحكم كالمشروط هذا هو المذهب ورواية أبي يوسف عن أبي حنيفة، وقال في الكافي أنها لا تنقض مطلقاً (٨).

---

1 - الأزهار - (١ / ١١٣).
2 - في (ب)" بخيار الرؤية والعيب " بدل مابين المعقوفتين.
3 - في (ب) "وأما".
4 - الوافي (خ).
5 - شرح الأزهار - (٣ / ٢٢٩).
6 - في (ب) "وقال" .
7 - الوافي (خ).
8 - شرح الأزهار - (٣ / ٢٢٩).والكافي في شرح الوافي (خ) .

قيل: واختار في الانتصار أنها إن وقعت بحكم لم تنقض، وإلا نقضت، وإذا حكم للشفيع بعد أن وقف المشتري المبيع على مسجد أو غيره، فله أن ينقض وقفه على المذهب، وهو قول أبي حنيفة والشافعي [١]، وذكر ص بالله في أحد قوليه أن المسجد والقبر لا ينقضان [٢].

وعن القاضي زيد إذا قبر في الأرض فالشفيع بالخيار إن شاء رفع القبر وإن شاء أخذ الباقي بحصته .

قيل ح: [والصحيح] [٣] للمذهب أن القبر قد استهلك.

قال في الغيث: قلت [/٤] الصحيح ما ذكره القاضي زيد لأنه استهلاك [حكمي] [٥] كالوقف، وحكى النجري عن الإمام [المهدي] [٦]أنه قد رجع إلى تصحيح قول الفقيه ح لأن كل ما كان استهلاكاً في الغصب كان استهلاكاً هنا، وكذا إذا كان المبيع رقيقاً، وقد أعتقه المشتري قبل الحكم للشفيع، فله أن ينقض عتقه على ما حصله ض زيد وأبو جعفر وابنه الأستاذ، وعن الشيخ أبي طالب أنه لا ينقض العتق، وأراد بنحو العتق الاستيلاد [و] [٧] قال المنصور: لا ينقض الاستيلاد، وجعله أقوى من العتق، لأن فيه حرية الولد، وعلى القول بأن له نقض الاستيلاد فذلك في الأمة، وأما ولدها فقد صار حراً نسبياً، وكذا له نقض البيع على المذهب وهو قول الأكثر، وأراد بنحو البيع الهبة وسائر التصرفات .

وذكر نحو البيع من الزوائد، وعن أبي ليلى لا ينقض البيع، ولا سائر التصرفات [٨].

قوله عليلم: " **فَإِنْ تُنُوسِخَ [شَفَعَ]** [٩] **بِمَدْفُوعٍ** [١٠]**مَنْ شَاءَ** "أي فإن تنوسخ المبيع المشفوع فيه، وذلك بأن يبيعه المشتري الأول من شخص ثم يبيعه ذلك الشخص من آخر ثم كذلك .

واختلفت الأثمان واتفقت، فللشفيع أن يأخذ المبيع بما شاء عن أثمان المتناسخين، لأن العقود كلها موجبة للشفعة فإن أخذ بالبيع الأول فقد أبطل ما وقع بعده، وإن أخذ بالثاني فقد

---

1 - روضة الطالبين (ج٥/ص٩٦). و الحاوي الكبير (ج٧/ص٢٥٣) .
2 -الانتصار على علماء الأمصار ج٦ (خ). و شرح الأزهار - (٣ / ٢٢٩) .
3 - سقط من (ب) .
4 - نهاية ورقة ٢٨٦ من (ب).
5 - سقط من(ب) .
6 - الزيادة من (أ) .
7 - الزيادة من(ب) .
8 - الغيث المدرار ج٣(خ) .
9 - سقط من (ب) .
10 - في (ب) "فبمدفوع".

أبطل ما وقع بعده وقرر الأول وحيث يأخذ[1] الأول له مطالبه من بعده، وحيث يأخذ بالثاني أو الثالث ويطالب من قبله، يكون كمن يطالب البايع وقد تقدم تفصيل الكلام في ذلك، فلو أخذ بالأول، وكان الثاني قد أخذ ثمره، حدثت معه طابت الثمرة للثاني لأنها ثمرة ملكه ذكره أبو مضر [2].

وأما حيث شراه الأول مثمراً فأخذ الثمرة ثم باعه بالثمن الأول وجب أن يحط عن الشفيع حصة الثمرة من الثمن ويرجع بذلك الثاني على الأول والوجه واضح.

قوله عليلم :" **فَإِنْ أَطْلَقَ فَبِالْأَوَّلِ** " أي فإن لم يذكر الثمن الذي شفع[3] به بل طلب الشفعة فقط ولم يذكر ثمناً فإنه يحكم عليه بالثمن الأول ذكره المنصور، وهو ظاهر إطلاق أبي طالب، وقال الأستاذ [أنه] [4] يحكم عليه بثمن من يأخذ المبيع منه [5].

قال في الزوائد: وإذا التبست عليه الأثمان قال أنا شافع بأوفق الأثمان[6].

وفي البحر عن الهادي والإمام ح و ط وأبي يوسف أنه يشفع بالثمن الأول إذ هو الموجب للشفعة، وعن الشافعي يخير بين فسخ الثاني والأخذ الأول أو العكس ،وعن محمد يخير من غير فسخ [7].

قوله عليلم: " **وَيُرَدُّ ذُو الْأَكْثَرِ لِذِي الْأَقَلِّ** " هذا بيان لحكم المشتريين فيما بينهم فإذا اشترى الأول بألف ثم باعه [المشتري] [8] بألف ومائتين ثم باعه الثالث بألف وثلاثمائة ثم شفع الشفيع بالألف فإنه يحكم له بالمبيع، ويرجع الرابع على الثالث بثلاثمائة والثالث على الثاني ثمانين، والثاني على الأول بمائة، وكذلك لو كثر المتناسخون فلو شفع بالثمن الآخر وهو ألف وثلاثمائة فلا تراجع ولو اشتراه الأول بمائة فباعه[9] بتسعين، وأخذه الشفيع من الثاني بمائة، وجب على الثاني أن يرد العشرة للأول على الصحيح للمذهب، ووجه ذلك إن عقده قد بطل بالشفعة فلا يستحق أكثر مما سلم.

وقال الإمام ح: بل يستحقها الثاني إذ قد ملك المبيع ورد بأن الشفعة أبطلت عقده فلا وجه لما ذكره .

---

1 - في (ب) "ما أخذ".
2 - شرح أبي مضر(خ) .
3 - في (ب) "يشفع" .
4 - الزيادة من (ب) .
5 - البحر الزخار - (٩ / ٢١٧) .
6 -الزوائد (خ).
7 - البحر الزخار - (٩ / ٢١٧) .
8 - الزيادة من (ب) .
9 - في (ب) "وباعه" .

قوله عليلم:" **وعَلَيْهِ مِثْلُ الثَّمَنِ** " أي ويجب على الشفيع أن يدفع مثل الثمن الذي سلمه المشتري [١/] في قدره وجنسه ونوعه وصفته حيث كان مثلياً فإن كان قيمياً فسيأتي الكلام فيه وإنما حذف المؤلف [عليلم] [٢] لفظ[٣] "المدفوع"[٤] من عبارة الأزهار لإيهامها أن المشتري إذا زاد[٥] للبائع على الثمن الذي وقع به العقد لزمت الشفيع تلك الزيادة أي[٦] هي من المدفوع، وكذا حيث دفع المشتري عن الثمن جنساً آخر إذ يصدق عليه أنه المدفوع ونحو ذلك، وليس كذلك وإنما أحترز في الأزهار بلفظة "المدفوع مما لو وقع [به] [٧] العقد، وكذا لو عقد على صحاح أو بيض وسلم عنها مكسرةً أو سوداً[٨] فإنه لا يجب عليه إلا مثل المدفوع.

وحذف المؤلف [عليلم] [٩] لفظة "النقد" ولفظ قَدْرًا وجِنْسًا وَصِفَةً " من عبارة الأزهار[١٠] لفهم جميع ذلك من لفظ "المثل وزيادة إذ لم يذكر النوع في الأزهار، وقد دخل تحت عبارة الأثمار مع الاختصار .

قوله عليلم :" **فَإِنْ جَهِلَ أَوْ عَدِمَ بَطَلَتْ غالباً** " أي فإن جهل قدر الثمن أو جنسه أو عدم جنسه أو نحوه في الناحية بطلت الشفعة فيكون للمشتري أن ينتفع بالمبيع أو يتلفه إن شاء.

قال في الغيث: أما حيث جهل الثمن بعد ما كان معلوماً فذكر [١١] في البيان حيث قال "إن كان الثمن عرضا وجهلت قيمته [١٢]، وذكر ذلك في الكافي إن[١٣] عدم المثل [١٤].

قال في الروضة، وذكر الفقيه ي وأحمد بن سليمان [١٥].

قيل ل: ويحتمل أن لا تبطل ويسلم قيمة المثلي كما يسلم قيمة القيمي وكذا ذكر الفقيه ع قال والقيمة يوم الانقطاع.

---

1 - نهاية ورقة ٢٧٣ من (أ).
2 - الزيادة من (أ) .
3 - في (ب) "لفظة".
4 - الأزهار - (١ / ١١٣).
5 - في (ب) "أزاد".
6 - في (ب) "سواداً"
٦ - الزيادة من (ب) .
8 - في (ب) "سواداً".
9 - الزيادة من(أ).
٩ - الأزهار - (١ / ١١٣).
11 - في (ب) "فذكر"..
12 -البيان لابن مظفر (٧٥١/٢) .
13 - في (ب) "إذا " .
14 -الكافي في شرح الوافي (خ) .
15 - الروضة (خ) .

قلنا: لعله يريد وقت تسليم المشتري وفيه أيضاً.

تنبيـــــهٌ: اعلم أن جهالة قدر الثمن مبطلة للشفعة فلو باع بدراهم معلومة وصبرة من طعام لم يعلم قدرها بطلت الشفعة، وقد يجعل هذه حيلة في إبطال الشفعة، ومن جملة الحيل هبة جزء من المبيع مشاع قبل البيع فإنها تبطل شفعة الجار بذلك.

قال ص بالله: إن شراء الباقي[1] بقيمة الكل عرف أنه حيلة فلا تبطل الشفعة [2].

قلنا: هذا بناء على أصله أن الحيلة غير جائزة، ومن جملة الحيل أن يستثني البائع جزءاً ملاصقاً لملك الشفيع الجار، ومن جملة الحيل أن يزيد في الثمن ويقضيه عنه عرضاً إلى غير ذلك.

وقد[3] اختلف العلماء في جواز الحيلة في إسقاط الشفعة قبل ثبوتها.

فالمذهب أنها جائزة، وحكاه في التقرير عن الهادي والمؤيد، وقال الناصر وص بالله ومحمد بن الحسن لا يجوز، واحتجوا بقوله صلى الله عليه وآله" لَا يَبْطُلُ حَقٌّ فِي الْإِسْلَامِ"[4].

حجتنا أنه إبطال لسبب الحق قبل ثبوته، وأما إذا كانت الحيلة بعد البيع فروى الفقيه ي عن المؤيد أن ذلك لا يجوز، و كذا في التقرير [5].

ومثاله خلط الصبرة بعد البيع حتى لا يعلم قدرها انتهى بأكثر لفظه [6].

وقول المؤلف "غالباً" احتراز من أن يوجد ذلك الجنس، أو يعلم ذلك المجهول والمبيع باق فإن الشفعة تثبت فيه، وذلك مفهوم قوله في الأزهار[7] فيتلف المشتري، أو ينتفع حتى يؤخذ فلو كان قد تلف بعض المبيع فالأقرب أنه يكون للشفيع أن يأخذ الباقي بحصته والله أعلم.

وأما حيث لم يوجد مثل الثمن إلا بعد تلف المبيع جميعه، فالظاهر بطلان الشفعة، إذ الشفعة إنما تثبت في غير المبيع كما تقدمت الإشارة إلى ذلك لكن في البحر ما لفظه" قُلْت : فَمَتَى وُجِدَ صَحَّتْ الشُّفْعَةُ فَيُسَلِّمُ الْبَاقِيَ وَقِيمَةَ التَّالِفِ " انتهى [8].

---

1 - في (أ) " الثاني " وفي الغيث ما أثبته.
2 - البيان لابن مظفر (٧٤٣/٢) .
3 - في (ب) "فقد" .
4 - لم أقف على أصله". وكذلك قال ابن بهران في جواهر الأخبار والآثار المستخرجة من لجة البحر الزخار(٥/ ٢٣).
5 -التقرير في شرح التحرير(خ) والبحر الزخار - (٩ / ٢٣٣) .
6 -الغيث المدرار ج٣(خ) .
7 - نهاية ورقة ٢٨٧ من (ب).
8 -البحر الزخار - (٩ / ٢٠٠) .

وفيه نظر لمخالفة إطلاقه لما تقدم من أن المشتري لا يضمن القيمة وإن أتلف إلا بعد الحكم أو ما في حكمه والله أعلم.

[و] [1] قوله عليلم :" **وقِيمَةَ الْقِيَمِيِّ** "معناه أن الذي تقدم ذكره هو حيث كان الثمن مثلياً كما أفاده قوله، وعليه مثل الثمن، وأما إذا كان قيمياً فالواجب على الشفيع قيمته يوم عقد البيع.

قال في الغيث: فإن اختلف المقومون فالأقرب أنه يكون كاختلاف الأيمان حيث تتوسخ المبيع فيشفع بتقويم من شاء فإن أطلق استفسر وإنما يكون الواجب قيمة الثمن الغرض حيث لا تكون عينه في ملك الشفيع فإن كانت في ملكه نحو أن يباع دار بعبد فيشتري شفيع الدار ذلك العبد، فقيل لا يبعد أن تأتي هذه المسألة على الخلاف بين المؤيد، والأستاذ وفي مسألة الخلع إذا خالع على بقرة الغير ثم ملكتها [2].

قال في البيان: فإن جهلت القيمة وقت العقد بطلت الشفعة [3]، وفي الكافي عن الحسن البصري إذا لم يكن الثمن من النقدين فلا شفعة انتهى [4].

وإذا كان المتبايعان ذميين والثمن خمراً أو[5] خنزيراً، فإن كان الشفيع ذمياً شفع بمثل الخمر، وبقيمة[6] الخنزير وإن كان مسلماً فقيمة الخمر، ذكره ابن أبي الفوارس، وهو قول ح، ولعل الخنزير كذلك [7].

وقال ش: لا شفعة فيه [8]، فلا[9] يقال أن البيع في مثل ذلك يكون غير صحيح عند المسلمين فلا تثبت فيه الشفعة للمسلم لأنا نقول العقد صحيح عند المتبايعين إذ أقرهم الشرع على ذلك فلا يضر كونه غير صحيح عند المسلم، وعلى هذا لو كان البيع فاسداً عند الشفيع صحيحاً عند البيعين المسلمين لم تبطل شفعة الشفيع .[ذكر معناه في الغيث] [10][11].

---

1 - الزيادة من (ب) .
2 - الغيث المدرار ج٣(خ) .
3 - البيان لابن مظفر (٧٥١/٢).
4 - الكافي في شرح الوافي (خ) .
5 - في (أ) "و" .
6 - في (ب) "قيمة".
7 - البحر الرائق (ج٨/ص١٥٤).
8 - أسنى المطالب في شرح روض الطالب (ج٢/ص٣٦٥).
9 - في (ب) "ولا" .
10 - الزيادة من (أ) .
11 - الغيث المدرار ج٣(خ) .

قوله عليلم:" **وتَعْجِيلُ الْمُؤَجَّلِ** " أي ويجب على الشفيع تعجيل الثمن المؤجل نص عليه في المنتخب (١)، وهو قول ح (٢)، وقال الهادي في الفنون يلزمه مؤجلاً، ونصره المؤيد لكنه فصل بين أن يكون الأجل مشروطاً في العقد فيلزمه مؤجلاً، وبين أن يكون مشروطاً بعد العقد فيلزمه معجلاً (٣).

قيل ي: وفي الفصل نظر، لأن الحط عند المؤيد يلحق بالعقد (٤).

حجتنا أن الشفعة تمليك مبتدأ فوجب أن لا يثبت الأجل فيها [إلا بشرط] (٥) قالوا: إنما يلزم الشفيع ما لزم المشتري إذ هو كالوكيل(٦) له.

قلنا: إنما رضي البائع بذمة المشتري لا الشفيع فلزمه التعجيل، وقيل يخير الشفيع بين تعجيل الثمن فيأخذ المبيع أو تأخير الأخذ حتى يحل الأجل، وقيل يسلم الشفيع رهناً يساوي الثمن إذ لم يرض البائع بذمته، وفي تعجيل الثمن زيادة صفة ورد بأن في تأخير الأخذ إضرار بالشفيع، وفي التأجيل إضرار بالبائع إذ لم يرض بذمة الشفيع، وفي دفع الرهن إضرار بالمشتري فتعين التعجيل إذ هو أعد لها (٧).

قوله عليلم: " **وغَرَامَةِ زِيَادَةٍ فَعَلَهَا الْمُشْتَرِي للطلب لَا لِلْبَقَاءِ** "فإذا كان المشتري قد غرم على المبيع غرامة لقصد النماء كالحرث والسقي ونحوهما وكان ذلك قبل طلب الشفيع [للشفعة](٨)، وجب على الشفيع تسليم تلك الغرامة مع الثمن.

وقوله "فعلهما المشتري"[٩/] احتراز مما إذا حصلت الزيادة بغير فعله فإنه لا يلزم الشفيع فيها شيء.

وقوله: " قَبْلَ الطَّلَبِ " احتراز مما إذا فعلها بعد الطلب فإنه لا يستحق شيئاً لأنه حينئذ متعدٍ بفعلها على الخلاف الذي مر.

وقوله " لَا لِلْبَقَاءِ " احتراز مما إذا فعله لبقاء المبيع كنفقته وعلفه حيث هو حيوان، وكذا المريض ونحوه، فإنه لا يلزم الشفيع فيه شيء، وأما ما فعله قبل الطلب لقصد نماء المبيع

---

1 - المنتخب - (٢٢٨).
2 - المبسوط للسرخسي(ج١٤/ص١٠٣).
3 - الفنون (٤٤٢) و شرح الأزهار - (٣ / ٢٣٣) .
4 - الغيث المدرار ج٣(خ) .
5 - سقط من (ب) .
6 - في (ب) "توكيل".
7 - البحر الزخار - بأكثر لفظه (٩ / ١٩٥).
8 - سقط من(أ) .
9 - نهاية ورقة ٢٧٤ من (أ).

وزيادته فيلزم الشفيع غرامته عليه، وسواء كان له رسم ظاهر كالبناء والغرس أم لا كالقصارة[١] والصقال[٢] والحرث هذا مذهب الهادوية وعند المؤيد أن ذلك لا يجب إلا فيما كان له رسم ظاهر دون ما لا رسم له كالحرث [٣].

قوله عليلم:" **وفي الغرس ونحوه الخياران ونحو الزرع الثلاثة** " فإذا كان المشتري قد غرس في المبيع أو بنى فيه قبل طلب الشفيع فإنه يثبت له في الغرس ونحوه، وهو البناء الخياران المعروفان في ذلك إذا شفع الشفيع، أحدهما أن يطلب من الشفيع قيمة الغرس أو البناء قائمين ليس لهما حق البقاء، ويخير الشفيع على ذلك، والثاني أن يرفع ذلك عن المبيع ويطلب من الشفيع أرش ما يلحق الغرس والبناء من النقصان بسبب القلع، وأما في الزرع ونحوه مما[٤] له حد ينتهي إليه فيثبت للمشتري فيه مع الخيارين المذكورين خيار ثالث، وهو إبقاء الزرع بالأجرة حتى يبلغ الحصاد وإنما كان الخيار في ذلك للمشتري دون الشفيع لأنه فعل ذلك في ملكه قبل ثبوت حق الشفيع فلا يكون للشفيع أن يدخل عليه الضرر فيما فعله في ملكه، وتقدير الأرش يكون بتقويم الأشياء المذكورة مقلوعة وقائمة ليس لها حق البقاء فما كان بينهما فهو الأرش هذا هو المذهب، وعن الزوائد أن الشفيع يأخذ الزرع والثمار، ولو حدثت مع المشتري بالقيمة، وقد روي مثله للهادي وعن الأستاذ يأخذ الزرع بالقيمة أو الثمار بغير قيمة لكن يغرم مؤنة السقي [٥].

تنبيـــــهٌ: أما لو غرس المشتري أو بنى ما لا نفع فيه فإنه لا يلزم الشفيع قيمته.

قيل ي: فإن نقصت قيمة الأرض فلا يبعد أنه يجب على المشتري أن يحط عن الشفيع بقدر النقصان [٦].

قال في الغيث: في هذا نظر والصحيح أنه لا يحط شيء لأنه لا يمكن تقسيط الثمن عليه كما إذا جنى على الحيوان، أو نحو ذلك انتهى [٧].

---

1 -هو ما يبقى في المنخل بعد الانتخال وما بقي في السنبل من الحب مما لا يتخلص بالدوس والقشرة العليا من الحب.المعجم الوسيط - (٢ / ٧٣٩).

2 - الصَّقل: الجلاء صَقَلَ الشيءَ يَصْقُلُه صَقْلاً وصِقالاً فهو مَصْقُولٌ وصَقيلٌ جَلاهُ والاسم الصِّقَالُ وهو صاقِلٌ والجمع صَقَلَةٌ والصَّقَله والمِصْقَلة التي يُصْقَل بها السيف ونَحوُه والصَّيْقَل شَحَّاذُ السُّيوف وجَلاَّؤها والجمع صَيَاقِل وصياقِلةٌ (لسان العرب - (١١ / ٣٨٠).والذي يظهر أن الصقال مرحلة من مراحل الزراعة.

3 - الغيث المدرار ج٣(خ) .

4 - في (ب) "فيما".

5 - الزوائد (خ).

٦ -الغيث المدرار ج٣(خ) .

7 - المرجع السابق.

فائـــــدة: قال في شرح الأثمار ما لفظه **واعلم** أنه قد يذكر ابن مظفر في كتبه في هذا الموضع ونحوه كالمغارسة والعارية والهبة وزيادة لفظ إلا بأجرة عقيب قوله قائماً لا يستحق البقاء.

قال المؤلف عليلم: وزيادة هذه اللفظة فيها نوع إيهام أن[(١)] يلزم بقاء الأشجار بأجرة وإن بقاها بأجرة حق لصاحبها واجب على صاحب الأرض، ولم يذكر غير هذه اللفظة غيره إلا من أخذ من مصنفاته فقط لأن من هي له لا يستحق بقائها لا بأجرة ولا بغيره[(٢)][٣/أ] لكن قيمتها قبل القلع يزيد لجواز أن يتركها مالك الأرض قائمة بأجرة أو بغيرها، أو يملك الأرض مالك الأشجار بإرث أو شراء أو نحوهما فكان الأحسن أن يقال ليس له حق البقاء إلا لموجب وهذا النظر صحيح ولعله مقصود ابن مظفر[(٤)] فلا خلاف في المعنى كما ترى انتهى .

قوله عليلم:" **ولَهُ الْفَوَائِدُ الْأَصْلِيَّةُ إنْ حُكِمَ لَهُ وَهِيَ مُتَّصِلَةٌ وإلا فَلِلْمُشْتَرِي بلا شيء غالباً** " أي وللشفيع الفوائد الأصلية الحاصلة في المشفوع فيه وهو الولد والثمر والصوف واللبن سواء كان خليطاً أم غيره، وإنما يستحقها حيث حكم [له] [(٥)] وهي متصلة بالمشفوع فيه، وسواء كانت حاصلة حال العقد أم حدثت بعده لا حيث حكم له وقد انفصلت عن المبيع فإنها تكون للمشتري بلا شيء عليه للشفيع، وسواء كانت حاصلة [حال العقد أم حدثت بعده][(٦)].

وقوله:"غالباً" احتراز من صورتين إحداهما أن يكون الشفيع خليطاً فإن الفوائد الأصلية تكون له إن شملها العقد وسواء كانت متصلة أم منفصلة لأنه شريك في الأصل والفرع لا حيث لم يشملها العقد فهي تكون بينهما على قدر الحصص فتكون فوائد القدر المبيع للمشتري، وللشفيع فوائد نصيبه [فقط] [(٧)]وهذه مستثناة من قوله وإلا فللمشتري .

الصورة الثانية: أن يكون الشفيع غير خليط وكانت الفوائد المنفصلة قد شملها العقد فإنها للمشتري لكن يحط بحصتها من الثمن وهذه مستثناة من قوله بلا شيء، وأما إذا [قلنا] [(٨)] لم يشملها العقد وإنما حصلت بعده فإنها تكون للمشتري، ولا يلزمه أن يحط لأجلها شيئاً من الثمن، وصورة الحط من الثمن على ما ذكره محمد بن الحسن الحنفي وذكره أبو الفوارس

---

1 - في (ب) "أنه".
٢ - في (ب) "بغيرها".
3 - نهاية ورقة ٢٨٨ من (ب).
4 -البيان لابن مظفر (٧٦٠/٢) .
5 - سقط من (ب) .
6 - سقط من (أ) .
7 - الزيادة من (أ) .
8 - الزيادة من (ب) .

للمذهب أن يقوم الأشجار المبيعة مثمرة وغير مثمرة، والأرض مزروعة و[1] غير مزروعة إن كان الزرع قد ظهر عند العقد وصار حقلاً فإن لم يكن قد ظهر حينئذ قومت الأرض مبذورة [وغير مبذورة] [2] ولو كان الزرع قد ظهر بعد العقد، وهذا إذا لم يكن البذر مملوكاً إذ لو كان مملوكاً كان الزرع لرب البذر سواء كان هو المشتري أم غيره وإنما يكون الزرع كالثمرة إذا كان البذر مباحاً، **واعلم** أن الزرع ليس من فوائد الأرض لكن كلام محمد بن الحسن مبني على أن المشتري اشترى [الزرع مع الأرض] [3] وأما ولد الجارية المبيعة فقيل ح ف هو كالثمرة وهو المختار[4].

وقيل ل[5] س: بل كالزرع وتوقف الفقيه ل فحيث يشبه بالثمرة يكون جميعه للشفيع وحيث يشبه بالزرع فللشفيع قدر حصته في الأم فقط وهذا [حيث كان الولد من غير المشتري فإن كان من المشتري] [6] فقد عتق على كل حال لكن إن حكم للشفيع، وهو متصل ضمن له المشتري جميع قيمته إن شبه بالثمرة، وإن شبه بالزرع فقيمة حصته فقط وإن حكم له وهو منفصل ضمن له قيمة حصته فقط سواء شبه بالثمرة أم بالزرع .

قيل [ح] [7] : ونفقة الجارية على المشتري لا على الشفيع ويقوم الولد يوم الولادة .

قيل س: وحيث يحكم بالولد للمشتري والولد متصل حيث هو من مال[8] المشتري يحكم على المشتري بأجرة الجارية حتى يضع [9].

قال في الشرح: وعدل عن عبارة الأزهار وهي قوله "وله[10]الْفَوَائِدُ الْأَصْلِيَّةُ إنْ حُكِمَ لَهُ وَهِيَ مُتَّصِلَةٌ لَا مُنْفَصِلَةً فَلِلْمُشْتَرِي إلَّا مَعَ الْخَلِيطِ لَكِنَّ يَحُطَّ بِحِصَّتِهَا مِنْ الثَّمَنِ إنْ شَمِلَهَا الْعَقْدُ"[11] لأن فيها غاية الإشكال والإيهام[12] ولذلك اختلفت تفاسيرها في تنزيل معانيها ووجه الإشكال أنه قال إن شملها العقد وليست في هذه الحال.

---

1 - في (ب) "أو" .
2 - سقط من (ب) .
3 - في (ب) "الأرض مع الزرع" .
4 - شرح الأزهار - (٣ / ٢٣٠).و المبسوط للسرخسي (ج١٤/ص١٣٤).
5 - في (ب) "ي" .
6 - سقط من(ب) .
7 - الزيادة من (ب) .
8 - في (أ) "ما " وهو خطأ إملائي.
9 - شرح الأزهار - (٣ / ٢٣٠) .
10 - في (أ) "فله "وفي الأزهار ما أثبته.
11 - الأزهار - (١ / ١١٣).
12 - نهاية ٢٧٥ من (أ).

فائـــــدة: إذ هي من المبيع فلها حكمه ولذلك قال فيما بعد وتحط بقدر ما نقص غالباً وأيضاً فإن لفظ "إنْ شَمِلَهَا الْعَقْدُ" متنازع بين قوله "إلا مع الخليط" وبين قوله "لكن يحط بحصتها من الثمن"، وقد ذكر في شرح النجري نحو هذا وليس بجلي، وأيضاً فإن قوله "لكن إلى آخره" راجع إلى قوله "لا منفصلة فللمشتري"، ومع ذلك لا يستقيم إلا على أن الشفيع غير خليط، وفي ذلك كله غاية الإجمال، والاحتمال بخلاف عبارة الأثمار فمصرحة بالمقصود من غير لبس مع اختصار انتهى .

قوله عليلم:" **ويحط بقدر مَا نَقَصَ غالباً** "أي ويجب على المشتري أن يحط عن الشفيع من الثمن بقدر ما نقص من المبيع معه وسواء كان النقص بفعله كأن يشتري داراً فيأخذ من أبوابها أو بستاناً فيأخذ ثمره فإنه يحط بحصة ذلك من الثمن كما مر، بالنسبة إلى القيمة أم كان النقصان من فعل غيره.

وقوله "غالباً " احتراز من أن ينقص المبيع في يد المشتري بآفة سماوية أو يفعل الغير، ولم يأخذ المشتري عوضاً عنه فإنه لا يجب عليه أن يحط [شيئاً من الثمن، وأما حيث نقص بفعل غيره أخذ من الغير عوضاً عن النقصان، فإنه يلزمه أن يحط][1] عن الشفيع بقدره من الثمن، وكذا لو صالح عن ذلك، وإبراء مع تمكنه من الاستيفاء لا مع عدم تمكنه من ذلك وللشفيع أن يرجع على الجاني حيث أخذ المبيع قبل أن يقبض المشتري الأرش، وظاهر عبارة الأزهار والأثمار أنه لا فرق بين أن يكون النقصان مما يمكن تقويمه على انفراده، أو لا يمكن ذلك كالعمى والعور ونحوهما كما ذكره الفقيه ي[2] ونظره الفقيه ف، وصحح للمذهب أنه لا يحط لذلك شيئاً لأنه لا يمكن تقويمه على انفراده، وكذلك الإمام المهدي [عليلم] [3] في شرحه.

قال النجري: وقد ذاكرته في ذلك فقال الكتاب على ظاهره والشرح يحتاج إلى تصحيح انتهى [4].

---

1 - ما بين المعقوفين سقطت من المتن واستدركت في الحاشية من (ب).
2 - في (ب) "ح" .
3 - الزيادة من (ب) .
4 -شرح النجري (خ) .

"فَصْــــــلٌ"

"**وهو في يد المشتري بَعْدَ الْحُكْمِ كَالْأَمَانَةِ**" يعني أن المبيع يكون بعد الحكم شفعة كالأمانة في يد المشتري سواء فيتلف من مال الشفيع إذا تلف قبل المطالبة، ويصح تصرفه فيه قبل قبضه ويكون له أخذه قسراً ممن هو في يده، ويلزم المشتري الأجرة حيث استعمله بعد الحكم كالأمانة .

قوله عليلم: " **وبعد التَّسْلِيمِ وَ نحو الْقَبُولِ بِاللَّفْظِ كَالْبَيْعِ** "أي وحكم المبيع في يد المشتري بعد أن يسلمه للشفيع باللفظ، وبعد قبول الشفيع أو نحو القبول حكم المبيع في يد البائع قبل تسليمه فيتلف من مال المشتري، ولا يصح تصرف الشفيع فيه قبل قبضه ولا يلزمه الكراء لو[1] استعمله على قول [صاحب] [2]الوافي، و يلزمه على قول المؤيد كما تقدم في المبيع، ولا بد في التسليم باللفظ من إيجاب وقبول فيقول المشتري سلمت، ويقول الشفيع تسلمت وأراد بنحو القبول بعدم السؤال للتسليم من الشفيع [3].

قال في الغيث: ولا يكفي الإيجاب وحده مع القبض، ولا قول المشتري سلم إلي الثمن ولا قبضه إياه ولا الدعاء [له] [4] بالبركة ذكر ذلك كله أبو الفوارس للمذهب، وهو قول ح، وفي المسألة ثلاثة أقوال:

الأول: للشافعي والناصر وص بالله إن للشفيع أخذه من غير حكم ولا تراضٍ[/5] [6].

الثاني: لأبي مضر إن كان مذهبهما متفقاً أو المسألة إجماعية فكقول الشافعي وإلا فلا بد من حكم أو تراضٍ [7].

الثالث: المذهب وهو ما ذكرناه من أنه لا يأخذه قهراً إلا بحكم أو تراض، وهو قول ح، ووجهه أنه ملكه للمشتري فلا يبطل إلا بأحد الوجهين [8].

قيل ل: فإن أخذه من غير حكم ولا تراض وجب عليه الكراء للمشتري[9].

---

1 - في (ب) "إن".
2 - الزيادة من (أ) .
3 - الغيث المدرارج٣(خ) .
4 - في (ب) "وله" .
5 - نهاية ورقة ٢٨٩ من (ب).
6 - الحاوي الكبير (ج٧/ص٢٧٨). و المهذب (ج١/ص٣٨٢).
7 - شرح الأزهار - (٣ / ٢٣٨).
8 - بدائع الصنائع (ج٥/ص٢٩) .
9 -الغيث المدرار ج٣(خ).

قوله عليلم: " **فيُسَلِّمَهُ مَنْ هُوَ فِي يَدِهِ وَإِلَّا فَغَصْبٌ** " غالباً أي إذا ثبت أن للشفيع يملك المبيع بالحكم أو التسليم تبعته أحكام الملك فيأخذه الشفيع من حيث يجده مع المشتري أو غيره طوعاً أو قهراً ولا خلاف في ذلك كما في المبيع بعد تسليم الثمن وعهدته على من أخذه منه بمعنى أنه يرجع عليه بالثمن إذا أستحق المبيع أما إذا أخذه من المشتري فلا خلاف في ذلك إلا ما يحكى عن ابن أبي ليلى فعهدته عنده على البايع مطلقاً، وأما إذا أخذه من البايع فالمذهب، وهو قول ح أن العهدة عليه لأن ذلك كتلف المبيع قبل قبضه وعند ك وش على المشتري [١].

وقوله: "فيُسَلِّمَهُ مَنْ هُوَ فِي يَدِهِ" معناه فيجب على من كان المبيع في يده بعد الحكم أو التسليم أن يسلمه للشفيع إذ قد ملكه كما مر وسواء كان في يد المشتري أم البائع أم غيرهما على المذهب، وهو قول أكثر الشافعية إذ الحق متعين فيه[٢].

وقال الناصر وابن سريج: لا يأخذه الشفيع من البائع حيث هو في يده بَلْ يُجْبِرُهُ الْحَاكِمُ عَلَى التسليم إلى المشتري، ويجبر المشتري على التسليم إلى الشفيع إذ قد ملكه المشتري فلا يكون أخذه إلا منه .

قُلْنَا: الْحَقُّ مُتَعَيِّنٌ فِي الْمَبِيعِ فيؤخذ من حيث وجد كالغصب والوديعة [٣].

وقوله: "وإلا فغصب" معناه إن امتنع من تسليم[٤] من هو في يده بعد الحكم أو التسليم باللفظ صار حكمه حكم الغصب وسيأتي.

و قوله "غالباً "احتراز من أن يكون في يد المشتري بعد التسليم باللفظ وتلف في يده فإنه لا يلزمه قيمته إذ حكمه في يده حكم المبيع في يد البائع كما مر لا حكم الغصب إلا في الإثم حيث لم يسلمه مع المطالبة .

قوله عليلم:" **إِلَّا لِقَبْضِ الثَّمَنِ وَلَوْ بَائِعًا مُسْتَوْفِيًا**" يعني إلا أن يحبسه من هو في يده لأجل قبض الثمن فإنه لا يكون غاصباً بذلك بل يجوز له حبسه ولا يلزمه كراه إلا أن يستعمله هذا إذا كان الذي هو في يده ممن له حبسه كالبائع فالمشتري[٥] ولو كان البائع قد استوفى الثمن من المشتري فله حبسه عن[٦] الشفيع حتى يسلم إليه الثمن لأنا قلنا أنها فسخ فظاهر وإن قلنا أنها نقل فهو كالوكيل للمشتري .

---

1 - **المبسوط للسرخسي (ج١٤/ص١٤٣) و الأم (ج٧/ص١٠٩) و بداية المجتهد (ج٢/ص١٩٨).**
2 - **الأم (ج٧/ص١٠٩).**
3 - **البحر الزخار (٩ / ١٩٣) .**
4 - **في (ب) "تسليمه".**
5 - **في (ب) "والمشتري".**
6 - **في (ب) "من" .**

قوله عليلم:" **وَهِيَ هُنَا نَقْلٌ فِي الْأَصَحِّ** " يعني حيث أخذ الشفيع المبيع من البايع الذي قد استوفى الثمن من المشتري، وهذا قول ش وأبي يوسف وهو أحد قولي ع، وأبي حنيفة، وصحح للمذهب، وعلى القول الثاني لهما، وهو قول محمد، ورواه الإمام ح عن العترة أنها فسخ لا نقل، إذ تمام عقد المشتري موقوف على التسليم إليه فإذا ارتفع[١/] وجوبه ارتفع العقد فكان فسخاً وفائدة الخلاف يظهر في مسائل (٢).

الأولى: إذا قبض البائع الثمن من الشفيع فعلى القول بأنها نقل يسلم إلى المشتري ما دفعه الشفيع، وعلى القول بأنها فسخ يرد للمشتري ما دفع ويملك ما سلمه الشفيع.

المسألة الثانية: لو تلف ما سلمه الشفيع مع البائع فعلى القول بأنها [نقل] (٣) تتلف من مال المشتري، وعلى القول بأنها فسخ تتلف من مال البائع ويسترد المشتري ما سلم فإن تلف في يد البائع ما قبضه من المشتري ضمنه له.

المسألة الثالثة: إذا حكم للشفيع بالشفعة فالعهدة في درك المبيع وكتب الكتاب على المشتري إن جعلناها نقلاً، وعلى البائع إن جعلناها فسخاً وإنما لم يكتف المؤلف عليلم بقوله "غالباً" من الاستثناء بقوله إلا لقبض الثمن إلى آخره، لأن لهذا الاستثناء أحكاماً تتعلق به وينبغي التنبيه عليها في المختصر، هكذا في الشرح .

لو طالب المشتري بالثمن هل له أن يحبسه إذا قام عليه شفيع.

قلنا: أما إذا كان المبيع في يد المشتري فليس له ذلك بلا إشكال وأما إذا كان في يد البائع، فأما أن يطلب الثمن قبل الحكم للشفيع أو بعده إن كان قبل الحكم لم يكن له ذلك بلا خلاف، وإن كان بعد الحكم كان له ذلك لأن [له أن يقول] (٤) قد انفسخ البيع لأنها هاهنا فسخ بلا خلاف هكذا في الغيث (٥).

قوله عليلم:" **ويُحْكَم للمُوسِرِ ولَوْ فِي غَيْبَةِ الْمُشْتَرِي**" أي [و] (٦) يحكم بالشفعة للشفيع الموسر حيث يستحقها، ولو كان المشتري [حينئذ غائباً] (٧) ذكره أبو طالب لأن القضاء على الغائب جائز على الأصح كما سيأتي.

---

1 - نهاية ورقة ٢٧٦ من (أ).

2 - روضة الطالبين (ج٥/ص٧٧). ومغني المحتاج (ج٢/ص٣٠٤).و بدائع الصنائع (ج٥/ص ٣٠٨).والبحر الزخار- (٩ / ١٩٣).

3 - سقط من (ب) .

4 - سقط من (أ) .

5 - الغيث المدرار ج٣(خ) .

6 - الزيادة من (ب) .

7 - في (ب) "غائباً حينئذ" بدل مابين المعقوفتين.

قال في الغيث: وحاصل الكلام أنه إذا صح للحاكم استحقاق الشفعة وإيسار الشفيع فلا يخلو، إما أن يكون البائع والمشتري حاضرين أو غائبين أو أحدهما إن كانا غائبين [جميعاً][١]، أو أحدهما مسافة بريد فصاعداً جاز الحكم عند من أجازه على الغائب وسيأتي الخلاف فيه إن شاء الله تعالى، وإن كانا حاضرين فأما أن يريد المشتري أن يسلمه[٢] إلى الشفيع برضاه، أو بالحكم إن كان برضاه استحب إحضار البائع سواء أثبتت الشفعة بإقرار المشتري أو البائع أم بالشهادة لأنه يجوز أن ينكر المبيع فيؤدي إلى الخصومة، وإنما[قلنا][٣] يجوز من غير حضوره لأن قول المشتري مقبول فيما في يده كالدلال، وأما إذا أراد أن يأخذ بالحكم فإنه ينظر إن كان البيع ثابتاً بإقرار المشتري أو بالبينة وجب حضور البائع لأن الحكم عليه لا على المشتري، وإن كان ثابتاً بإقرار البايع لم يجب إحضار المشتري، ولا تصديقه حيث المبيع في يد البائع وإن كان ثابتاً بالبينة استحب حضورهما ليعلم هل ثم جرح للشهود[٤]، أو[٥] لا. انتهى[٦].

قوله عليلم :" **ويُمْهَلَ إلى عَشْر**" أي و إذا طلب الشفيع الموسر من الحاكم الإمهال بالثمن، وجب أن يمهله إلى عشر ليال.

وقال أبو طالب: يمهله إلى ثلاثة أيام، أو[٧] زيادة على قدر ما يراه عند يحيى عليلم، وغايته إلى عشر، وعند القاسم لا تجوز الزيادة على الثلاث وبه قال المؤيد وزيد بن علي والفقهاء [٨].

قيل: وفي المنتخب عن زيد بن علي يجوز إلى شهر،[٩] وإنما قدر الهادي [عليلم] [١٠] بالعشر، لأن الزيادة عليها فيها مضرة على المشتري، وجازت الزيادة على الثلاث للمصلحة كما جاز النقصان منها، ووجه قول المؤيد أن الثلاث [١١] قد تعلق بها أحكام كثيرة كمدة استتابة المرتد [وغير ذلك] [١٢]، وفي البحر ما لفظه " قُلْت: الْأَقْرَبُ أَنَّ ذَلِكَ مَوْضِعُ اجْتِهَادٍ

---

1 - سقط من(أ) .
2 - في (أ) "يسلم"وفي الغيث ما أثبته.
3 - الزيادة من (أ) .
4 - في (ب) "للشهادة" وفي الغيث ما أثبته.
5 - في الغيث "أم" .
6 - الغيث المدرار ج٣(خ) .
7 - في (ب) "و" .
8 - البحر الزخار - (١٤ / ١٧٨)والغيث المدرار ج٣(خ) .
9 - المنتخب - (٢٢٨).
10 - الزيادة من(أ) .
11 - نهاية ورقة ٢٩٠ من (ب).
12 - الزيادة من (ب) .

لِلْحَاكِمِ مُتَحَرِّيًا لِلتَّنْفِيسِ[1] غَيْرِ الْمُضِرِّ وَهو يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ أحوال الْجِهَاتِ وَالْأَشْخَاصِ وَالْأَثْمَانِ، وَذَلِكَ مُقْتَضَى كَلَامِ الهادي عليلم فِي الْأَحْكَامِ[2].

قال في الشرح: وإنما زاد [المؤلف عليلم] [3]لفظه إلى في قوله "إلى عشر" لتفيد العبارة أن غاية الإمهال إلى العشر، ويجوز الاقتصار على ما دونها بخلاف عبارة الأزهار فإنها توهم تحتم العشر لا دونها .

قوله عليلم:" **ولَا تَبْطُلُ بِالْمَطْلِ إلَّا لِشَرْطٍ** " أي ولا تبطل الشفعة بمطل الشفيع بالثمن بعد مضي الأجل إذ قد تقررت بالحكم إلا أن يشرط الحاكم في الحكم التوفير ليوم كذا، وإلا فقد أبطلها أو يقول الشفيع إن لم أسلم الثمن ليوم كذا فقد أبطلت شفعتي، فإن قال المشتري للشفيع إن لم يسلم الثمن ليوم كذا فقد أبطلت شفعتك لم تبطل [بذلك] [4] إلا أن يقول الشفيع نعم لأن الحق له فلا يبطل إلا بإبطاله أو حكم الحاكم .

قوله عليلم:" **ولِلْمُلْتَبِسِ مَشْرُوطًا بِالْوَفَاءِ لِأَجَلٍ مَعْلُومٍ**" يعني ويحكم الحاكم بالشفعة للشفيع الملتبس حاله في اليسار والإعسار حكماً مشروطاً بالوفاء للأجل الذي يراه الحاكم فإن وفاء بتسليم الثمن لذلك الأجل وإلا بطل ذلك الحكم .

قال في الغيث: وهل يبطل حقه في الشفعة بذلك ؟

الأقرب أنه يأتي فيه الخلاف في بطلانها بالإعسار إذ الظاهر حينئذ الإعسار وليس للحاكم أن يحكم له حكماً ناجزاً.

قيل [ع]: [5] فلو حكم له حكماً ناجزاً نفذ لأن الظاهر اليسار ولو انكشف إعساره هنا لم تبطل الشفعة لكن يبيع عليه ماله ومن جملة ماله المشفوع فيه فيبيعه[6] عليه [7].

قال في البحر: " وَلَوْ قَبْلَ قَبْضِهِ "[8].

قوله عليلم:" **ولطالب ولو فِي غَيْبَةِ أولى** " أي إذا حضر شفيع في مبيع فطلب الشفعة وثمة شفيع أولى منه غائب فإنه يجب على الحاكم أو يحكم للشفيع الحاضر الطالب، ولا يؤخر الحكم إلى حضور الشفيع الغائب الذي هو أولى بالشفعة ذكره ابن أبي الفوارس

---

1 - في (ب) "للنفيس".
2 -البحر الزخار - (٩ / ١٨٩) .
3 - الزيادة من (أ) .
4 - الزيادة من (ب) .
5 - الزيادة من (أ) .
6 - في (ب)"فيبعه".
7 -الغيث المدرار ج٣(خ) .
8 - البحر الزخار - (٩ / ١٩٢) .

وظاهره عدم الفرق بين أن يعلم الحاكم أن ثمة أولى أم يجهل ذلك، وقال الحقيني: لا يحكم لغير الأولى إلا إذا جهل وجود الأولى [١].

قوله عليلم: " **ومتى طلب حَكَمَ** [٢] **له** " أي ومتى حضر الشفيع الأولى بعد الحكم لغير الأولى فطلب الشفعة حكم له الحاكم بها لأن حكمه الأول كالمشروط بأن لا يطلب من هو أولى منه .

قوله عليلم:" **وَهُوَ مَعَهُ كَالْمُشْتَرِي مَعَ الشَّفِيعِ** "يعني وحكم غير الأولى مع الأولى إذا طلب حكم المشتري مع الشفيع فإذا كان الجار مثلاً قد حكم له بالشفعة فاستهلك شيئاً من فوائد المبيع كان الحكم كما تقدم في استحقاق المشتري الفوائد، وقيل لا يطيب للجار شيء من الفوائد بل يردها للبائع [٣].

قوله عليلم:" **ولِلْوَكِيلِ غالباً** "يعني أن لشفيع[٤] إذا بعث وكيلاً يطالب له بالشفعة حال كونه غائباً فطلب المشتري يمين الموكل أنه ما سلم الشفعة، ولا قصر في الطلب فإن الحاكم يحكم للوكيل إذا طلب الحكم ولا يؤخر الحكم إلى أن يحضر الموكل فيحلف ما سلم ولا قصر إذ قد حصل القطع باستحقاقه للشفعة والتسليم أو التقصير محتمل [فلا يؤخر] [٥] [٦/] المتيقن لأمر محتمل هكذا عن المؤيد والوافي، وهو قول ح، وعن المنتخب وأبي يوسف لا يحكم حتى يحضر الموكل فيحلف إذ يكون الحكم مشكوكاً فيه [٧].

قال في البحر: " قُلْت : يَصِحُّ كَالْحُكْمِ لِلْجَارِ في [٨] غَيْبَةِ الْخَلِيطِ.

الإمام ح: وَيَصِحُّ إيقَاعُ الْحُكْمِ مَشْرُوطًا بِعَدَمِ نُكُولِ الْغَائِبِ فَيَفِي بِالْغَرَضَيْنِ انتهى [٩].

قيل ح: وإذا حكم للوكيل ثم حضر الشفيع فنكل عن اليمين بطل الحكم لأنه كالمشروط بعدم النكول [١٠].

---

1 -الغيث المدرار ج٣(خ) .
2 - في (ب)"يحكم" .
3 - شرح الأزهار - (٣ / ٢٤١).
4 - في (ب)"للشفيع".
5 - في (أ)"كررت مرتين" فحذفت إحداهما .
6 - نهاية ورقة ٢٧٧ من (أ).
7 - البحر الزخار - (٩ / ١٩٢)و المبسوط للسرخسي(ج١٩/ص١٠) .
8 -في البحر "مع".
9 -البحر الزخار(٩ / ١٩٢).
10 -الغيث المدرار ج٣(خ) .

قيل [ع] [1]: أما لو ادعى الوكيل مقدار الثمن وجاء بشاهدين أو بشاهد واحد، وطلب المشتري اليمين المؤكده أو [طلب] [2] المتممة لم يحكم له حتى يحلف،[3] وهذا هو الذي احترز منه بقوله "غالباً ".

وحذف المؤلف عليلم قوله في الأزهار" لَا لِلْمُعْسِرِ وَإِنْ تَغَيَّبَ حَتَّى أَيْسَرَ "[4] لفهم ذلك من قوله" ويحكم للموسر ولِلْمُلْتَبِسِ " إذ مفهومه أن المعسر لا يحكم له لأن مجرد الإعسار كافٍ في بطلان الشفعة كما ذكره ابن أبي الفوارس وغيره، واختاره المؤلف عليلم [5].

وفي البحر ما لفظه" مَسْأَلَةٌ" الهادي: وَلَا يَحْكُمُ بِهَا لِلْمُعْسِرِ، الإمام ح أَرَادَ أَنَّهَا تَبْطُلُ بِمُجَرَّدِ الْإِعْسَارِ عِنْدَ اسْتِحْقَاقِهَا، فَلَا يَصِحُّ الْحُكْمُ لِلْإِضْرَارِ بِالْمُشْتَرِي.

المؤيد وابن أبي الفوارس: وَظَاهِرُ قَوْلِ الهادي[عليلم] [6] وَلَا يُفْتَقَرُ إلى إبْطَالِ الْحَاكِمِ لِلْإِجْمَاعِ عَلَى أَنَّهَا إنَّمَا تُسْتَحَقُّ بِالثَّمَنِ، وَالْحَاكِمُ إنَّمَا يَحْتَاجُ مَعَ الْخِلَافِ.

الإمام ح وض زيد وأحد قولي م بالله: بل يُفْتَقَرُ لِجَوَازِ أَنْ يَرْضَى الْمُشْتَرِي بِذِمَّةِ الْمُعْسِرِ.

المنصور وأبو جعفر وابن الخليل: إنْ يَئِسَ عَنْ تَمَكُّنِهِ مِنْ الْقَرْضِ بَطَلَتْ بِمُجَرَّدِهِ وَإِلَّا فَلَا.

وَقِيلَ: لَا تَبْطُلُ بِالْإِعْسَارِ، فَيَحْكُمُ لَهُ مَشْرُوطًا بِالْوَفَاءِ لِأَجَلٍ مَعْلُومٍ. لَنَا مَا مَرَّ انتهى [7].

قوله عليلم :" **ونحو الحط من البعض يَلْحَقُ الْعَقْدَ**" فإذا حط البائع عن المشتري بعض الثمن قبل قبضه لحق بالعقد إذ لو رده المشتري بعيب لم يرجع على البائع إلا بما بقي من الثمن بعد الحط فكان العقد وقع بما بقي فقط، وإذا لحق بالعقد ثبت[8] للشفيع كالمشتري فيأخذ المبيع بما بقي بعد الحط هذا مذهب القاسمية والحنفية [9].

وقال الناصر وش: يلحق في مجلس العقد لا بعده فيأخذه الشفيع بكل الثمن [10].

لنا ما تقدم.

---

1 - الزيادة من (أ) .
2 - الزيادة من (ب) .
3 - المرجع السابق.
4 - الأزهار - (١ / ١١٤).
5 - شرح الأزهار - (٣ / ٢٤٢).
6 - الزيادة من (أ) .
7 - البحر الزخار (٩ / ١٩٢) .
8 - في (ب)"ثبتت" .
9 - البحر الزخار - (٩ / ٢٣٨). و البحر الرائق (ج٨/ص١٥٣).
10 - المرجع السابق، والوسيط (ج٣/ص١٦٠).

فأما حط كل الثمن فلا يلحق بالعقد اتفاقاً إذ لو لحق العقد بطل إذ يصير كأنه عقد بغير ثمن فإن حطه دفعات لم يلحق آخر دفعة وأراد بنحو الحط الإبراء والأجل والإسقاط، فأما الهبة والصدقة ونحوهما[١] من التمليكات فلا [تلحق] [٢] اتفاقاً وكذا الحط ونحوه بعد قبض الثمن إذ هي[٣] بمنزلة عقد جديد، وأما الزيادة في الثمن فلا تلحق العقد في حق الشفيع إذ قد استحق المبيع بما وقع به العقد والزيادة إنما تثبت بتراضي المتبايعين والتراضي على إثبات حق الغير لا يصح، وإنما حذف المؤلف عليلم قوله في الأزهار "قَبْلَ الْقَبْضِ لَا بَعْدَهُ"[٤] لأن الحط ونحوه إنما يصدق على ما وقع قبل قبض الثمن وأما بعده فإنما هو تمليك بلفظ الهبة أو النذر أو نحوهما.

تنبيـــــهٌ: المراد في الأزهار وغيره بقوله "قبل القبض"[٥] قبل قبض الثمن كما تقدم[٦] وكما صرح بذلك في البحر[٧] وغيره، وأما ما فسره به في الغيث بأن المراد قبل قبض المبيع فوهم إذ لا تأثير لذلك في قسميه[٨/] النقص من الثمن حطاً، وقد بسط الكلام على ذلك في شرح الأثمار، وقال في شرح النجري ما لفظه "وقوله قبل القبض" [٩].

قال عليلم: أي قبل قبض المبيع، والذي يذاكر به قبل قبض الثمن وقد وقع في هذه [المسألة] [١٠] مراجعة كبيرة[١١] لمولانا عليلم فما رجع عن ذلك إلى آخر ما ذكره [عليلم][١٢] وحذف المؤلف أيضاً قوله في الأزهار "ولا الهبة ونحوها مطلقاً"[١٣] لاستفادة ذلك من مفهوم نحو الحط إذ الهبة ونحوه تمليك لا حط كما تقدم .

قوله عليلم :" **والقول لمنكر خلاف الأصل** "فإذا اختلف المشتري والشفيع، فقال المشتري للشفيع أنه لا سبب لك تستحق به الشفعة، أو قال أن هذا السبب

1 - في (ب)"ونحوها" .
2 - سقط من (ب) .
3 - في (ب)"هو".
4 -الأزهار (١ / ١١٤).
5 -المرجع السابق.
6 - في (ب)"تقرر" .
7 - البحر الزخار - (٩ / ٢٣٨) .
8 - نهاية ورقة ٢٩١ من (ب).
9 - شرح النجري (خ) .
10 - الزيادة من (ب) .
11 - في (ب) "كثيرة".
12 -الزيادة من (أ).
13 -الأزهار - (١ / ١١٤).

[هو] [١] الذي تطلب به الشفعة ليس بملك لك، فإن القول للمشتري في ذلك إذ الأصل عدم السبب وعدم ملكه والبينة على الشفيع هذا مذهبنا، وهو قول أبي حنيفة وش وإحدى الروايتين عن أبي يوسف ومحمد، والرواية الأخرى أن القول قول الشفيع [٢].

قال في الغيث: وإنما كانت البينة عندنا على الشفيع، وإن كان معه الظاهر لأن من الظاهر معه فالقول قوله إذا ادعى عليه حق مخالف للظاهر لا إذا أدعى بالظاهر حقاً فعليه البينة كهذه المسألة، وكمن قذف مجهول الإسلام أو الحرية في دار الإسلام، وقال القاذف للمقذوف هو عبدٌ أو كافر، وقال بل حر أو مسلم فعليه البينة ، وعن مالك القول قوله أنه حر مسلم.

قال في حواشي الإفادة: فعلى هذا لو كان للدار شفعاً فقال أحدهم للآخر الدار [يعني المشفوع بها][٣] ليست لك، فالقول قول النافي لملك الآخر ذكره الفقيه أبو الرضا[٤] انتهى[٥].

وكذا لو ادعى الشفيع أن تراخيه كان لعذر وأنكر ذلك المشتري [فالقول قوله] [٦] إذ الأصل عدم العذر .

مثاله أن يقول ما تراخيت إلا لأنه بلغني أن البائع وهب للمشتري سهماً من المبيع قبل العقد أو أنهما جعلا في الثمن صبرة أو أن المشتري زيد لا عمرو أو نحو ذلك فلذلك أعرضت عن طلب الشفعة فتكون عليه البينة أن مخبراً أخبره بذلك، أما لو قال شفعت حين علمت وأقام البينة على ذلك وادعى المشتري أنه علم وقت كذا وأقام البينة على ذلك وجب على الشفيع البينة أنه طلب في الوقت الذي أرخ به شهود المشتري أنه علم فيه، وهذا بناء على أحد قولي م بالله والهادي أن المؤرخة أولى من المطلقة، وأما على قول المؤيد الثاني أنهما سواء ففقد ثبتت شفعة الشفيع ببينته أنه شفع حين علم وكذا لو ادعى الشفيع أن البائع حط عن المشتري هو بعد قبض الثمن أو بلفظ الهبة، فإن القول في جميع ذلك قول المشتري لا ناقد تيقناً لزوم الثمن كله بالعقد، ووقع الشك في سقوط بعضه فلا يبطل اليقين بالشك،

---

1 -الزيادة من (ب).
2 -المبسوط للسرخسي (ج١٤/ص١٦٢).و مغني المحتاج (ج٢/ص٣٠٤).و بداية المجتهد (ج٢/ص١٩٩).
3 - الزيادة من (ب) .
4 -هو أبو الرضى بن أبي المحاسن الفقيه العلامة أبو الرضي بن أبي المحاسن بن أبي رشيد اللنجائي العالم الكبير الفاضل الشهير، له (حاشية الإبانة)، وكتاب (رد الملاحدة). ينظر مطلع البدور ومجمع البحور (٢ / ٢٤٨) .
5 -حواشي الإفادة (خ). والغيث المدرار ج٣(خ) .
6 -في (ب)"كان القول قوله "بدل مابين المعقوفتين .

[و][1] أما حيث ادعى المشتري أن الشفيع تراخى عن الطلب أو سلم الشفعة، فالقول للشفيع والبينة على المشتري إذ الأصل عدم[2] التراخي والتسليم وذلك واضح [3].

قوله عليلم:"**ولِلْمُشْتَرِي فِي قَدْرِ الثَّمَنِ وَجِنْسِهِ ونحوه** "أراد بنحو الجنس النوع والصفة، فإذا قال المشتري الثمن مائة، وقال الشفيع بل خمسون، أو قال المشتري هو دنانير، وقال الشفيع بل دراهم، أو قال المشتري صحاح، وقال الشفيع بل مكسرة، أو قال تمر صيحاني، وقال الشفيع بل برني أو نحو ذلك، فإن القول للمشتري في جميع ذلك، هذا مذهبنا، وهو قول ح وش، والمؤيد أخيراً وقال قديما: القول للشفيع [4].

قيل س: هذا إذا اختلفا والمبيع في يد المشتري إذ لو سلمه إلى الشفيع، ثم اختلفا بعد ذلك كان القول قول الشفيع كالبائع والمشتري إذ لو سلمه إلى الشفيع ثم اختلفا بعد ذلك كان القول قول الشفيع كالبائع والمشتري إذا اختلفا في الثمن بعد قبض المشتري للمبيع [5].

تنبيـــــهٌ: فإن بين كل واحد بما ادعاه حكم ببينة الشفيع عندنا، وهو قول ح ومحمد إذ هي عليه في الأصل، لأنه يدعي استحقاق النقل، وقال ش وأبو يوسف بل يحكم ببينة المشتري بناء على أصلهما أن بينة الداخل أولى وسيأتي إبطاله [6].

قال المؤلف عليلم: ما معناه والأظهر أن القول قول المشتري مطلقاً من دون تفصيل، قال: "وإنما لم يكن القول قول الشفيع في ذلك كله كما قلنا في البيع أن القول قول المشتري مطلقاً لأن الشفيع ليس كالمشتري في ذلك الحكم لأن المشتري في هذه الصورة مباشر للعقد فالظاهر معه إذ هو أعرف بذلك ولأن ملكه متقرر فلا ينتقض إلا بما يقر به بخلاف الشفيع فلم يكن ملكه متقررا ولا هو مباشر فيكون مثل المشتري بل هو مدع استحقاق النقل بخلاف ما تقدم، وفي حق المشتري والبائع فهما سواء في المباشرة والمعرفة لكن ملك المشتري متقرر بمصادقة البائع فلم يبق له منازعة من جهة المبيع بل من جهة الثمن، ويدل على ذلك أن الخلاف في هذه ليس كالخلاف في ذلك[7] بل قد خالف هنا من لم يخالف في

---

1 - الزيادة من (أ) .
2 - نهاية ورقة ٢٧٨ من (أ).
3 - شرح الأزهار - (٣ / ٢٤٤) بنحوه.
4 - بدائع الصنائع (ج٥/ص٣١). والمهذب (ج١/ص٣٨٣) والسراج الوهاج (ج١/ص ٢٧٧). و البحر الزخار (٩ / ١٣٤). و شرح الأزهار - (٣ / ٢٤٤).
5 - شرح الأزهار - (٣ / ٢٤٣) .
6 - بدائع الصنائع (ج٥/ص٣١). والمهذب (ج١/ص٣٨٣) والسراج الوهاج (ج١/ص ٢٧٧). و البحر الزخار - (٩ / ١٣٤)و شرح الأزهار - (٣ / ٢٤٤).
7 - في (ب)"تلك".

تلك و[في] [١] العكس، ولذلك أنه جعل القول هنا قول المشتري مع أنه مدعي[٢] للزيادة، وهو خلاف الظاهر بخلاف ما تقدم فالمشتري يدعي الظاهر، والبائع يدعي خلافه فلم يكن بينهما مناسبة ولذلك فرق المؤلف [عليلم] [٣] بينهما للعرف انتهى من شرح الأثمار بلفظه .

قوله عليلم :" **وللشَّفِيعِ فِي قِيمَةِ تالفه** "أي تالف الثمن حيث كان قيمياً أو مثلياً، وعدم حبسه في الناحية، وقد تلفا، فقال الشفيع قيمته خمسون، وقال المشتري بل مائة فإن القول [قول الشفيع] [٤] والبينة على المشتري إذ يدعي الزيادة هذا هو المصحح للمذهب، وهو قول أبي يوسف ومحمد وأحد قولي م بالله، وعلى قوله الآخر القول للمشتري، وهو قول أبي حنيفة، وذكره في شرح الإبانة ومهذب الشافعية [٥].

فإن قيل: قد قدمتم أن القول للمشتري في قدر الثمن وهذا مثله، قلنا: بين المسألتين فرق من حيث أنه هناك ادعى ما هو مباشر له وهنا يدعي تقويم المقومين، فأما حيث كان الثمن القيمي باقياً فلا تشاجر إذ يرجع إلى تقويم المقومين حالاً .

قوله عليلم: " **وفي نَفْيِ الصَّفْقَتَيْنِ**[/٦] **بَعْدَ اشْتَرَيْتهمَا** "أي القول للشفيع أيضاً في نفي الصفقتين حيث اشترى المشتري شيئاً أو شيئين فشفعة الشفيع في ذلك المبيع كله فقال إني اشتريته أو اشتريتهما صفقتين، وقال الشفيع بل صفقة واحده فإنه يكون القول قول الشفيع حيث قدم المشتري قوله اشتريته أو اشتريتهما على قوله صفقتين، ذكر ذلك أبو مضر.

قال: وهذا حيث فصل قوله اشتريتهما عن قوله صفقتين إذ لو وصله قبل قوله ومثله عن الفقيه ل [٧].

ووجهه أن قوله اشتريتهما يقتضي وجوب الشفعة، وقوله صفقتين دعوى لسقوطها فيبين عليها.

قال في البحر:" قُلْت أَمَّا مَعَ الْوَصْلِ فَالْقَوْلُ لَهُ بِلَا مِرْيَةٍ ، إذْ لَا يُحْكَمُ بِمُقْتَضَى الْجُمْلَةِ حَتَّى تَتِمَّ، وَيَنْقَطِعُ الْقَوْلُ، فَهُوَ كَمَا لَوْ قَدَّمَ لَفْظَ صَفْقَتَيْنِ" انتهى [٨].

قيل ل: وظاهر كلام الحقيني أنه يقبل قوله سواء وصل أم فصل.

---

1 - الزيادة من (ب).
2 - في (ب)"مدع".
3 - الزيادة من (أ).
4 - في (ب)"للشفيع" بدل مابين المعقوفتين.
5 - بدائع الصنائع (ج٥/ص٣١).والمهذب (ج١/ص٣٨٣).و شرح الإبانة (خ).و شرح الأزهار - (٣ / ٢٤٥).
6 - نهاية ورقة ٢٩٢ من (ب).
7 - شرح الأزهار - (٣ / ٢٤٦) .
8 - البحر الزخار (٩ / ٢٥٧) .

قيل: ولا خلاف [أنه] [1] إذا قدم لفظ الصفقتين، أو قال اشتريت هذا ثم هذا أنه يقبل قوله[2].

قوله: "وفائـــــدة دعوى الصفقتين" إبطال الشفعة في المباين لملك الشفيع واشتراكهما في الملاصق له إن كان الشفيع جاراً أو[3] تثبت الشفعة في الصفقة الأولى إن شراه مشاعاً لا في [الصفقة] [4] الثانية إذ صار المشتري فيها خليطاً فلا شفعة للجار معه .

قوله عليلم:" **وَإِذَا تَدَاعَيَا**[5] **الشُّفْعَةَ حُكِمَ لنحو المُبَيِّنِ ثُمَّ الْأَوَّلِ ثُمَّ الْمُؤَرَّخِ ثُمَّ تَبْطُلُ**" فإذا اشترى رجلان دارين أو نحوهما فادعى كل واحد منهما إن شراه متقدم فيستحق الشفعة[6] في دار صاحبه فإنه يحكم بالشفعة لمن بين منهما دون الآخر فإن بين كل واحد منهما بالشراء حكم لمن تقدم تاريخه بينته حيث أرختا فإن أرخت إحداهما و[7] أطلقت الأخرى أحكم بالمؤرخة لأنه يحكم للمطلقة بأقرب وقت على المذهب [على ما] [8] سيأتي فإن أطلقت البينتان أو أرختا و[9] أضافتا إلى وقت واحد بطلت الشفعة ولم يستحقها أيهما بل يبقى المبيع للمشتري، وكذا حيث حلفا كلاهما أو نكلا والوجه ظاهر والله أعلم.

وأراد بنحو المبين، من حلف وحده أو نكل خصمه، أو من علم الحاكم صحة دعواه، وهذه من الزوائد .

فائـــــدة: لو اشترى داراً قيمتها مائة درهم بدار وسبيكة فضة وزنها مائة درهم ماذا يجب على الشفيع من الثمن إن قلنا يحط عنه قدر السبيكة؟ لزم أن يأخذ الدار بلا شيء.

قال الإمام المهدي عليلم: في الجواب تقوم الدار والسبيكة فما جاءت حصة الدار من القيمة سلم الشفيع حصتها من الثمن، وهو قيمة الدار المنفردة، فإن جاءت حصة الدار نصفاً لزمه تسليم[10] نصف قيمة الدار المنفردة ونحو ذلك والله أعلم .

---

1 - الزيادة من (ب).
2 - المنتزع المختار من الغيث المدرار المعروف بشرح الأزهار - (١٦ / ١٠٠) .
3 - في (ب)"و".
4 - الزيادة من (ب).
5 - في المخطوط "تداعوا".
6 - في (ب)"الشفع".
7 - في (ب)"أو".
8 - في (ب)"كما"بدل مابين المعقوفتين.
9 - في (ب)"أو".
10 - في (ب)"تسليمه".

فائـــدة أخرى: لو قَالَ الْمُشْتَرِي: اشْتَرَيْت بِأَلْفٍ و بَيَّنَ الْبَائِعُ أَنَّ الْعَقْدَ بِأَلْفَيْنِ وَحُكِمَ لَهُ، فقال الإمام ح وش لا يلزم الشفيع [الْأَلْفُ] [1] ولا يلزم[2] الْأَلْفُ الْآخَرُ لِاعْتِرَافِ الْمُشْتَرِي أَنَّهُ لَيْسَ مِنْ الثَّمَنِ [3].

وقال أبو حنيفة: يلزمه الألفان، إذْ الْمُشْتَرِي كَالْوَكِيلِ فَمَا لَزِمَهُ لَزِمَهُ [4].

قلنا: هُوَ مُعْتَرِفٌ بعدم لزوم الألف الآخر، فإن قال البائع بعت بألف، وقال المشتري اشتريت بألفين فإن كان ذلك بعد قبض البائع للثمن من المشتري فلا حكم لقوله، وإن كان قبل قبضه له قبل قوله، وكان كالحط عن المشتري فلا يلزم الشفيع[5/] إلا الألف خلاف الناصر وش حيث وقع الكلام بعد مجلس البيع.

ولو قال المشتري اشتريت بألف، فقال الشفيع: لا أعلم هل اشتريته[6] بألف أو بأقل أو أكثر لم يجب اليمين حتى يقطع بدعوى شرائه بأقل إذ لا يجب على أمر يشك المدعي في ثبوته [7]، وقال الإمام ح بل يجب إذ لا يستحق الألف بمجرد الدعوى [8].

فائدة أخرى: لَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الْبَائِعِ بزيادة الثمن، إذْ يَجُرُّ إلَيَّ نَفْسِهِ، وَلَا بِالنُّقْصَانِ إذْ يَدْفَعُ عَنْ نَفْسِهِ، إذَا اُسْتُحِقَّ الْمَبِيعُ، ولا بعفو الشفيع عن الشفعة، حيث لم يكن قد قبض الثمن إذْ يَجُرُّ إلى نَفْسِهِ نَفْعًا وَهُوَ الثَّمَنُ أَوْ رُجُوعَ السِّلْعَةِ إلَيْهِ إن[9] أَفْلَسَ الْمُشْتَرِي فأما بعد قبضه للثمن فيقبل وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ الشَّرِيكِ فِي الشُّفْعَةِ أَنَّ شَرِيكَهُ قَدْ عَفَا حَيْثُ عَفَوَا جَمِيعًا لا حيث لَمْ يَعْفُ إذْ يَجُرُّ بِهَا نَفْعًا وَهُوَ اسْتِحْقَاقُ الْمَبِيعِ بِالشُّفْعَةِ. ذكر معنى ذلك جميعه في البحر [10].

فائـــــدة: من اشترى شقصاً فأوصى به لشخص ثم مات ثم قام فيه شفيع فهو أولى لتقدم حقه على الوصية، ويكون الثمن للورثة لا للموصي له إذ لم يوص له إلا بالعين لا ببدلها.

---

1 - في (ب)"إلا ألف".

2 - في (ب)"يلزمه".

3 - البحر الزخار (٩ / ٢٥٦) و المهذب (ج١/ص٣٨٣).

4 - المبسوط للسرخسي (ج١٤/ص٩٩) و البحر الرائق (ج٨/ص١٥١).

5 - نهاية ورقة ٢٧٩ من (أ).

6 - في (ب)"شريته".

7 - المهذب (ج١/ص٣٨٣).

8 -البحر الزخار - (٩ / ١٤٢) .

9 - في (ب)"حيث"وفي البحر ما أثبته.

10 - البحر الزخار (٩ / ٢٥٢)و (٩ / ٢٦٠).

كِتَابُ الْإِجَارَةِ

هي عقد [بإيجاب] [١] بلفظها، [أو ما في معناه، وقبول أو ما في حكمه] [٢].

الإجارة في اللغة مشتقة من الأجر، وهو عوض المنافع وثواب الأعمال[٣].

وأما في الاصطلاح فقد ذكر لها تعريفات كثيرة وهي واردة على خلاف القياس، إذ هي بيع مَنَافِعَ مَعْدومَة [٤]، وثبوتها استحساناً بالنصوص والإجماع.

والأصل فيها من الكتاب [والسنة] [٥] قبل إجماع الصحابة قوله تعالى:(فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ) [٦] ونحوها، وكانت ثابتة في شريعة يوسف عليلم بدليل (وَلِمَن جَاء بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ) [٧] وفي شريعة شعيب عليلم بدليل (عَلَى أَن تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ) [٨]، وفي شريعة موسى عليلم بدليل (لَوْ شِئْتَ لَاتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْراً) "[٩].

ومن السنة أحاديث كثيرة كقوله [صلى الله عليه وآله] [١٠]"من استأجر أجيراً فليعلمه أجره"[١١] [ولفظه في رواية ابن عبدالرزاق "بل يسمي له أجرته "[١٢].

قال في التلخيص:" وهو عِنْدَ أَحْمَدَ وَأَبِي دَاوُد في الْمَرَاسِيلِ من وَجْهٍ آخَرَ] [١٣] [١٤].

وقوله صلم: " أَعْطُوا الْأَجِيرَ أَجْرَهُ قبل أَنْ يَجِفَّ عَرَقُهُ [١٥] "

---

1 - الزيادة من (أ).
2 - مابين المعقوفتين في (أ) "مطموس".
3 - المعجم الوسيط (ج١/ص٧)بنحوه .
4 - البحر الزخار - (٦ / ١٣٨).
5 - سقط من (أ).
6 - الطلاق:٦.
7 - يوسف:٧٢.
8 - القصص:٢٧.
9 - الكهف:٧٧.
10 - سقط من (ب).
11 - أخرجه البيهقي في السنن الكبرى - كتاب المساقاة - باب لا تجوز الإجارة حتى تكون معلومة وتكون الأجرة معلومة - رقم١١٤٣١ (ج٦/ص١٢٠). و ابن أبي شيبة في المصنف - من كره أن يستعمل الأجير حتى يبين له أجره -رقم٢١١٠٩ . (ج٤/ص٣٦٦)والحديث ضعيف جدا كمال قال الألباني. ينظر (صحيح وضعيف الجامع الصغير - (٤ / ٣٨٩)رقم١٣٦٧ .
12 - أخرجه عبد الرزاق في المصنف– باب الرجل يقول بع هذا بكذا فما زاد فلك وكيف إن باعه بدين -رقم١٥٠٢٤ –بلفظ" من استأجر أجيرا فليسم له إجارته"(ج٨/ص٢٣٥). والحديث موقوف على الخدري وأبي هريرة رضي الله عنهما كما قال أبو زرعة"ينظر (نصب الراية ج٤/ص١٣١).
13 - سقط من (ب).
14 - التلخيص الحبير (ج٣/ص٦٠).
15 -في المسند "رشحه" بدل "عرقه ".

رواه أبو يعلى[١] وغيره من حديث أبي هريرة، وللطبراني مثله من حديث جابر، ولابن ماجة نحوه من رواية ابن عمر [٢].

وحديث ثابت بن الضحاك[٣] أن النبي صلى الله عليه وآله نهى عن الْمُزَارَعَةِ وَأَمَرَ بِالْمُؤَاجَرَةِ وقال لَا بَأْسَ بها "رواه مسلم[٤].

وفي السيرة أن النبي صلى الله عليه وآله لما أراد الهجرة أستأجر رجلاً هادياً خريتاً[٥]، أي ماهراً فأخذ به وبأبي بكر رضي الله عنه على طريق الساحل، وأصل هذا الحديث في صحيح البخاري من عائشة أن النبي صلى الله عليه وآله وأبا بكر [رضي الله عنهما][٦] استأجرا [رجلاً] [٧] من بني الديل[٨]..."[٩] إلى غير ذلك من الأخبار، ومن الآثار عن الصحابة.

ووجه استحسانها[١٠/] مسيس الحاجة إليها إذ ليس لكل أحد مركوب وخادم ومسكن ونحو ذلك، فجوزت لذلك.

وقد روى الخلاف في صحة الإجارة مطلقاً عن الحسن البصري وَالْأَصَمِّ وَابْنِ عُلَيَّةَ [١١]

---

1 - هو أحمد بن علي بن المثنى التميمي الموصلي، أبو يعلى: حافظ، من علماء الحديث، ثقة مشهور، ، عمر طويلا حتى ناهز المائة، وتوفي بالموصل.سنة ٣٠٧ هـ له كتب منها (المعجم - خ) في الحديث، و (مسندان) كبير وصغير،أحدهما مخطوط (الأعلام للزركلي - (١ / ١٧١) .

2 - أخرجه أبو يعلى في مسنده –مسند أبي هريرة رضي الله عنه. -رقم٦٦٨٢ (ج١٢/ص٣٤)و الطبراني في الْمُعْجَم الصَّغِيْر - باب من اسمه أحمد (ج١/ص٤٣) ط/ المكتب الإسلامي- بيروت ، عمان - ١٤٠٥ - ١٩٨٥، ط١، تحقيق: محمد شكور محمود الحاج أمرير . و ابن ماجه في سننه - كتاب الرُّهُونِ - بَاب أَجْرِ الْأُجَرَاءِ. -رقم ٢٤٤٣ (ج٢/ص٨١٧) والحديث صحيح. ينظر صحيح وضعيف سنن ابن ماجة - (٥ / ٤٤٣).

3 - هو ثابت بن الضحاك بن خليفة الاشهلي الأوسي المدني، أبو زيد: صحابي، ممن بايع تحت الشجرة، كان رديف رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الخندق ودليله إلى حمراء الأسد.له ١٤ حديثا توفي سنة ٤٥هـ . الأعلام للزركلي - (٢ / ٩٨) .

4 - أخرجه مسلم في صحيحه -كِتَاب الْبُيُوعِ - بَاب في الْمُزَارَعَةِ وَالْمُؤَاجَرَةِ -رقم١٥٤٩ (ج٣/ص١١٨٤).

5 - الدليل الحاذق بالدلالة (المعجم الوسيط ٢٢٤/١) .

6 - في (ب)"رض".

7 - سقط من (ب).

8 - حَيٌّ من تَغْلِبَ (القاموس المحيط - (١ / ١٢٩٤) .

9 - أخرجه البخاري في صحيحه -كِتَاب الْإِجَارَةِ -بَاب إذا اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا لِيَعْمَلَ له بَعْدَ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ أو بَعْدَ شَهْرٍ أو بَعْدَ سَنَةٍ جَازَ وَهُمَا على شَرْطِهِمَا الذي اشْتَرَطَاهُ إذا جاء الْأَجَلُ .رقم٢١٤٥ بلفظ " أَنَّ عَائِشَةَ رضي الله عنها زَوْجَ النبي صلى الله عليه وسلم قالت وَاسْتَأْجَرَ رسول اللَّه صلى الله عليه وسلم وأبو بَكْرٍ رَجُلًا من بَنِي الدِّيلِ هَادِيًا خِرِّيتًا وهو على دِينِ كُفَّارِ قُرَيْشٍ فَدَفَعَا إليه رَاحِلَتَيْهِمَا وَوَاعَدَاهُ غَارَ ثَوْرٍ بَعْدَ ثَلَاثِ لَيَالٍ فأتاهما بِرَاحِلَتَيْهِمَا صُبْحَ ثَلَاثٍ (ج٢/ص٧٩٠).

10 - نهاية ورقة ٢٩٣ من (ب).

11 - هو إبراهيم بن إسماعيل الاسدي، أبو إسحاق ابن علية: من رجال الحديث،مصري. كان جهميا، يقول بخلق القرآن، له شذوذ كثيرة ومذاهبه عند أهل السنة مهجورة، ،وله مصنفات في الفقه، شبيهة بالجدل. توفي ببغداد وقيل بمصر سنة ٢١٨ هـ. الأعلام للزركلي (١ / ٣٢) .

وَالْقَاسَانِيِّ [1]والنَّهْرَوَانِيّ [2]وَابْنِ كَيْسَانَ [3] قالوا: "لأنها بَيْعٌ مَعْدُومٌ ".

قُلْنَا: صَحَّحَهَا النَّصُّ والإجماع كما مر، وقد حمل قولهم على أن عقدها غير لازم، كما يقوله ابن سريج لا أنهم أنكروا صحتها أصلاً ، إذ لا يبعد كون صحتها مما علم من الشرع ضرورة كالبيع ذكر معنى ذلك في البحر [4].

ولما كان بيع المعدوم لا يصح اشترط لها شروط، صارت بها كالعين الموجودة وهي تمييز محلها، ووجوده في الملك وحصرها بزمان أو مسافة، وكونها ممكنة الوجود عقلاً وشرعاً بأن تكون مقدورة للأجير، وغير محظورة عليه، وجعل قبض العين المؤجرة خلفاً عن قبض المنفعة المعقود عليها، ولكونها شرعت استحساناً نظرا للعباد ثبت فسخها بالأعذار الطارئة كالإضراب والمرض والخوف ونحو ذلك.

ويشترط أيضاً لصحتها ما يشترط لصحة سائر التصرفات من التكليف والاختيار، وإطلاق التصرف، وإنما لم يذكر ذلك في الأثمار وأصله لظهوره.

نعـــــم: فمن تعريفاتها في الاصطلاح في البحر: عَقْدٌ عَلَى عَيْنٍ لِمَنْفَعَةٍ مُبَاحَةٍ مُقَوَّمَةٍ.[5]

وقال في الغيث:"عقد على منافع مخصوصة لأعيان مخصوصة بعوض مخصوص [6].

وقيل: عقد على عين مخصوصة، يستحق به استمرار قبضها لاستيفاء منافعها [7]، وهذا يخرج منه إجارة الأعمال.

وقال في شرح الإرشاد: "عقد يفيد ملك منفعة مقصودة إلى غاية معلومة بعوض معلوم ثابت لدى العقد" [8].

---

1 - "بالقاف والسين المهملة من بلاد الترك ذكره في حاشية العضد. هـ" تعليق في الحاشية من (ب). وهو محمد بن أحمد القاساني نسبة إلى قاسان من بلاد الترك، وقيل أنها من بلاد خراسان. وقيل القاشاني. قيل أنه من أصحاب داوود الظاهري، إلا أنه خالفه في مسائل كثيرة في الأصول و الفروع . موسوعة الأعلام - (١ / ٤٥٤) بتصرف.

2 -هو إبراهيم بن دينار بن أحمد النهرواني الرزاز، أبو حكيم: فرضي، من فقهاء الحنابلة، من أهل بغداد، كان يكسب من عمل يده، يخيط الثياب، له تصانيف في الفقه والفرائض منها (شرح الهداية) كتب منه تسع ض مجلدات ولم يكمله توفي عام ٥٥٦هـ(الأعلام للزركلي - (١ / ٣٨) .

3 - هو عبد الرحمن بن كيسان، أبو بكر الأصم، فقيه معتزلي مفسر، قال ابن المرتضى: كان من أفصح الناس وأفقههم وأورعهم، خلا أنه كان يخطئ عليا عليه السلام في كثير من أفعاله ويصوب معاوية في بعض أفعاله .توفي نحو ٢٢٥ هـ . الأعلام للزركلي - (٣ / ٣٢٣).

4 - البحر الزخار (٩ / ٢٦٤) .

5 - البحر الزخار - (٩ / ٢٦٤) .

6 - الغيث المدرار ج٣(خ) .

7 - حاشية المنتزع المختار من الغيث المدرار المعروف بشرح الأزهار - (١٧ / ٢).

8 - شرح الإرشاد (٤٤٥/١) .

وما ذكره المؤلف عليلم فهو أصح التعريفات وأتمها فقوله "بلفظها" أي عائلاً في لفظها في الاشتقاق كأجرتك هذه العين بكذا.

وقوله "أو ما في معناه نحو أكرمتك هذه العين أو ملكتك منفعتها بكذا، هذا في إجارة الأعيان، وأما في إجارة الأعمال فنحو أجرتك نفسي على عمل كذا بكذا، وألزمت لك ذمتي عمل كذا بكذا، وألزمته بضم التاء، أو يقول المستأجر للأجير ألزمت ذمتك لي عمل كذا بكذا، وألزمته بضم التاء، أو بقول المستأجر للأجير ألزمت ذمتك لي عمل كذا بكذا، بفتح تاء الضمير ونحو ذلك.

وقوله "وقبول أو ما في حكمه" فالقبول هو أن يقول قبلت، أو استأجرت أو اكتريت أو نحو ذلك، والذي في حكم القبول يقدم السؤال نحو أجرتني(١) دابتك فيقول أجرت، لكن قال في البحر:" قُلْت وَفِي اعْتِبَارِ اللَّفْظَيْنِ الْمَاضِيَيْنِ تَرَدُّدٌ الْأَقْرَبُ يُعْتَبَرُ لِلُزُومِ الْعَقْدِ مِنْ الطَّرَفَيْنِ، لَا لِتَعْيِينِ الْأُجْرَةِ الْمُسَمَّاةِ، فَلَوْ قَالَ : خَطَّ هَذَا بِدِرْهَمٍ فَفَعَلَ لَزِمَ الدِّرْهَمُ [لا غير] [٢] انتهى[٣].

ويغني عن الإيجاب والقبول في المنافع المحقرات ما أعتاده الناس كما في البيع، ووجه اعتبار الإيجاب والقبول في الإجارة القياس على البيع، إذ هي بيع المنافع.

واختلف في انعقادها بلفظ البيع، نحو بعتك منافع هذه العين بكذا فعلى تخريج أبي العباس وأبي طالب تنعقد بذلك [٤/] كالصرف والسلم، وإن لم ينعقد البيع بلفظها كهما، وقواه الإمام المهدي عليلم في البحر [٥].

وقال الإمام ح: لا ينعقد بذلك لاختلاف حكمهما[٦] وهو ظاهر مذهب ش على ما ذكره في الإرشاد وشرحه.

قال في شرحه: "وأما عدم انعقادها بقوله "بعتك منفعتها" فلأن البيع موضوع لملك الأعيان، فلا يستعمل في المنافع كما لا ينعقد البيع بلفظ الإجارة انتهى [٧].

وهو ظاهر عبارة الأثمار، ولا بد من اتصال القبول بالإيجاب كما في البيع.

---

1 - في (ب) "أجر مني".
2 - الزيادة من المخطوط .
3 - البحر الزخار (٩ / ٢٦٦) .
4 - نهاية ورقة ٢٨٠ من (أ).
5 - البحر الزخار (٩ / ٢٦٦) .
6 - في (ب) "حكمها".
7 - الإرشاد (١٠٨) و شرح الإرشاد (٤٤٦/١) .

وقال في الغيث: قلت واعلم[1] أن أصحابنا ذكروا شروط إجارة الأعيان ولم يعدوا لفظ الإجارة شرطاً، بل استغنوا بذكر تعيين المدة والأجرة والمنفعة، فكأنهم يقولون إذا حصل تعيين هذه الأشياء بأي لفظ انعقدت به الإجارة، وقد أشاروا إلى ذلك في إجارة الأعمال على ما سيأتي، فعلى هذا لو قال:" أحمل هذا الحمل على هذه الدابة بكذا فحمله، استحق المسمى، وكذا لو قال صاحب الدار أسكن هذه الدار كل شهر بكذا، فسكن استحق صاحب الدار المسمى، ولو كان اللفظ شرطاً لم يستحق إلا أجرة المثل، وكذا لو قال في إجارة الأعمال "خط لي هذا الثوب بكذا"، فخاطه استحق المسمى، هذا ما يقتضيه مفهوم كلام أصحابنا انتهى [2].

قوله عليلم:" **على مَنْفَعَةٍ مقومه مولاه مَقْدُورَةٍ غَيْرَ وَاجِبَةٍ ولَا مَحْظُورَةً غالباً** " فقوله "على منفعة " أخرج العقد على عين إذ هو بيع وأخرج أيضاً ما لا نفع فيه كصغار الحيوانات [و] [3] كالأرض التي لا تنبت لقصد الزرع، وتصح إجارة الديك للإعلام بالأوقات والقمرى[4] ونحوه، للتلذذ بنعمته الحسنة، والطاووس للنظر إلى صورته العجيبة.

وقوله" مقومه" أخرج المنفعة التي لا يعتد بها لحقارتها كتأجير تفاحة للشم، فإنه لا يصح عقد الإجارة على نحو ذلك كما تقدم في البيع.

وقوله "مولاه" يعني أنه يشترط أن يكون العقد على تلك المنفعة ممن إليه [ولاية] [5]العين المؤجرة من مالك، أو ولي أو وكيل.

وقوله: "مقدوره" احتراز من أن يستأجر شخصاً على نزح البحر أو على نتق الجبل وما أشبه ذلك، وكأن تستأجره على حجتين في عام واحد.

[و] [6] قال أبو طالب: وكذا الاستئجار على نفس البيع والشراء، فإنه لا يدخل تحت مقدور الأجير، لتعلقه[7] بالغير حصله لمذهب الهادي[عليلم] [8]، وهو قول أبي حنيفة، وعند الناصر وص بالله وهو ظاهر كلام الهادي [عليلم] [9]أنه يصح الاستئجار على نفس البيع والشراء، وهذا الخلاف حيث استأجره على بيع شيء معين أو على شرائه، وأما حيث استأجره مدة

---

1 - في (ب) "الأقرب".
2 - الحمام.مدرار ج٣(خ) .
3 - الزيادة من (أ) .
4 - الحمام.ينظر (ب)"لتعديه". ٣٤٩) وقيل القمارى البلبل (حاشية البيان لابن مظفر ج٨/٣).
5 - سقط من (ب) .
6 - الزيادة من (ب) .
7 - في (ب)"لتعديه".
8 - الزيادة من (أ) .
9 - الزيادة من (أ) .

معلومة للسعي في البيع والشراء فهذه يصح إجماعا وإن كان المدة مجهولة والمبيع أو المشترى مجهولين، فباطله إجماعا.

قيل: وإذا استأجره على العوض مدة معلومة بأجرة [معلومة] (١) فباعها قبل مضيها استحق جميع الأجرة، وإن باع بعد مضي المدة استحق بالعوض كل المسماه(٢)، وإن باع في الحال فقيل يستحق المسمى لحصول(٣) المقصود، وإن سعى المدة ولم يحصل بيع استحق المسمى في الإجارة الصحيحة فقط، وفي الفاسدة يستحق أجرة المثل بشرط البيع[٤/] ذكر معنى ذلك [جميعه] (٥) في الغيث (٦).

ووجه اشتراط كونها مقدورة أنها إذا لم تكن كذلك صارت الإجارة كبيع ما يتعذر تسليمه، ويدخل في ذلك ما يتعذر تسليمه لمانع شرعي كاستئجار الحائض لكنس المسجد، أو نساخة المصحف حال حيضها ونحو ذلك.

وقوله: "غير واجبة" يحترز من الاستئجار على فعل الواجبات فإنه لا يصح كالجهاد والأذان وتعليم المكلف ما يحتاج إليه في الصلاة من القرآن[٧/] على المذهب فيها جميعاً، أما حيث يتعين الجهاد فلا يجوز أخذ الأجرة عليه إجماعا، وأما حيث لا يتعين ففيه خلاف كسائر فروض الكفاية .

قال في الانتصار: ويجوز استئجار الذمي للجهاد(٨)، وأما الأذان فقال مالك وش يجوز الاستئجار عليه ويصح (٩)، والمذهب خلافه كما مر.

وأما على تعليم الخط والهجاء، فيصح إجماعاً ذكره أبو مضر، قيل وكذا على تعليم الصغير القرآن يصح إجماعاً، والخلاف فيما عدا(١٠) ذلك (١١).

فقال الهادي [عليلم] (١٢) ورواه في الأحكام عن

---

1 - سقط من (أ) .

2 - في (ب)"المسمى".

3 - في (ب)"بحصول".

4 - " بل يستحق أجرة المثل مطلقاً باع أم لم يبع هــ" تعليق في الحاشية من (ب).

5 - الزيادة من (أ) .

6 -الغيث المدرار ج٣(خ). وكذلك في شرح الأزهار - (٣ / ٢٥٠) .

7 - نهاية ورقة ٢٩٤ من (ب).

8 - الانتصار على علماء الأمصار ج٦(خ) .

9 - التاج والإكليل (ج١/ص٤٥٤). و روضة الطالبين (ج١/ص٢٠٥).

10 - في (أ)"عدى".

11 - شرح الأزهار (٣ / ٢٥١).

12 - الزيادة من (أ) .

القاسم[١]، وهو قول المؤيد وأبو حنيفة وأصحابه:" تحرم الأجرة على ذلك"[٢] لحديث عُبَادَةَ بن الصَّامِتِ قال عَلَّمْتُ نَاسًا من أَهْلِ الصُّفَّةِ [الْكِتَابَ] [٣] وَالْقُرْآنَ فَأَهْدَى إلي[٤] رَجُلٌ منهم قَوْسًا فقلت لَيْسَتْ بِمَالٍ وَأَرْمِي عنها في سَبِيلِ اللَّهِ لَآتِيَنَّ رَسُولَ اللَّهِ [صلى الله عليه وآله] [٥] فَلَأَسْأَلَنَّهُ[٦] فَأَتَيْتُهُ فقلت يا رَسُولَ اللَّهِ رَجُلٌ أَهْدَى إلي قَوْسًا مِمَّنْ كنت أُعَلِّمُهُ الْكِتَابَ[٧] وَالْقُرْآنَ وَلَيْسَتْ بِمَالٍ وَأَرْمِي عنها في سَبِيلِ اللَّهِ قال[٨] إن كُنْتَ تُحِبُّ أَنْ تُطَوَّقَ طَوْقًا من نَارٍ فَاقْبَلْهَا " أخرجه أبو داود [٩].

وقال القاسم ومالك وش : يجوز ذلك [١٠]، واحتجوا بنحو حديث أبي سَعِيدٍ الْخُدْرِيِّ قال: كنا في مَسِيرٍ لنا فَنَزَلْنَا منزلاً فَجَاءَتْ جَارِيَةٌ فقالت إِنَّ سَيِّدَ الْحَيِّ سَلِيمٌ ــ أي ملدوغ ــ وَإِنَّ نَفَرَنَا غَيْبٌ فَهَلْ مِنْكُمْ رَاقٍ فَقَامَ مَعَهَا رَجُلٌ ما كنا نَأْبُنُهُ بِرُقْيَةٍ فَرَقَاهُ [فَبَرَأَ][١١] فَأَمَرَ له بِثَلَاثِينَ شَاةً وَسَقَانَا لَبَنًا فلما رَجَعَ قُلْنَا له أَكُنْتَ تُحْسِنُ رُقْيَةً أو كُنْتَ تَرْقِي قال لَا ما رَقَيْتُ إلا بِأُمِّ الْكِتَابِ قُلْنَا لَا تُحْدِثُوا شيئا حتى نَأْتِيَ أو نَسْأَلَ النبي رسول الله صلى الله عليه فلما قَدِمْنَا الْمَدِينَةَ ذَكَرْنَاهُ لِلنَّبِيِّ رسول الله صلى الله عليه وآله فقال وما كان يُدْرِيهِ أنها رُقْيَةٌ اقْسِمُوا وَاضْرِبُوا لي بِسَهْمٍ " هذه [إحدى] [١٢] روايات حديث أخرجه البخاري ومسلم وغيرهما وفي معناه أحاديث أخر [١٣].

واحتجوا أيضاً بقوله صلى الله عليه وآله في حديث الواهبة نفسها "زَوَّجْتُكَهَا بِمَا مَعَكَ من الْقُرْآنِ" [١٤] وقد تقدم في النكاح.

---

1 - أصول الأحكام في الحلال والحرام - (١ / ٣٨٧) .

2 -بدائع الصنائع (ج٤/ص١٩١) .

3 -سقط من المخطوط .

4 -في (ب)"إلي ".

5 -الزيادة من (أ) .

6 -في المخطوط " وأسأله " .

7 -المقصود بالكتاب القرآن ويحتمل الكتابة . ينظر مرقاة المفاتيح (٩/٤٤٤).

8 -في المخطوط " فقال " .

9 -أخرجه أبو داود في سننه -كتاب الْإِجَارَةِ - باب في كَسْبِ الْمُعَلِّمِ -رقم٣٤١٦ (ج٣/ص٢٦٤) .والحديث صحيح. ينظر (صحيح وضعيف سنن أبي داود - رقم ٣٤١٦).

10 -التاج والإكليل (ج١/ص٤٥٤). و روضة الطالبين (ج١/ص٢٠٥).

11 -سقط من (ب) .

12 -الزيادة من (ب) .

13 -أخرجه البخاري في صحيحه -كِتَاب فَضَائِلِ الْقُرْآنِ - بَاب فَضْلِ فَاتِحَةِ الْكِتَابِ -رقم٤٧٢١ (ج٤/ص١٩١٣). و مسلم في صحيحه -كِتَاب السَّلَامِ -بَاب جَوَازِ أَخْذِ الْأُجْرَةِ على الرُّقْيَةِ بِالْقُرْآنِ وَالْأَذْكَارِ -رقم٢٢٠١(ج٤/ص١٧٢٧).

14 -أخرجه البخاري في صحيحه -كِتَاب فَضَائِلِ الْقُرْآنِ -بَاب خَيْرُكُمْ من تَعَلَّمَ الْقُرْآنَ وَعَلَّمَهُ -رقم٤٧٣٩ (ج٤/ص١٩١٩) .

[و] [1] قال الإمام ح وأبو مضر وغيرهما: وكذا لا يجوز الاستئجار على سائر العلوم الدينية، وهو قول ح [2].

ويجوز بيع كتب الهداية وتأجيرها، وفي تأجير المصحف الخلاف في بيعه ولا يجوز الاستئجار على تعليم السحر، والكتب المنسوخة كالتوراة والإنجيل، ولا على تعليم الكافر القرآن حيث لا يريد الإسلام.

قال أبو مضر: ويجوز أخذ الأجرة على كتابة قبالة الحكم والفتيا بالإجماع لأن[3] كان غير واجب على الحاكم أو المفتي، وقيل أما إذا كانت لا تحصل ثمرة الحكم والفتيا إلا بكتابتهما لم يجز أخذ الأجرة عليهما، وهو متجه، وأما أخذ الأجرة على تلاوة القرآن على القبور وغيرها، فجائز على الأصح قياساً على الرقية بجامع عدم الوجوب [4].

قال المنصور[5/] وتجوز القراءة في المصحف وإن كره صاحبه [6].

قيل: و[كذا] [7] يجوز النظر في كتاب الغير، وأخذ المسألة منه وإن كره حيث لم يوجد غيره، ولا وجد من يسأل عن تلك المسألة وإلا لم يجز [8].

قيل: ولا يجوز استئجار الذمي على نساخة مصحف لأن في ذلك استهانة بالقرآن [9].

وقوله: "لا محظورة "احتراز من استئجار المغنية والبغية ونحوهما، وآلات الملاهي للهو فإن ذلك لا يصح، وكذا تأجير المنزل ممن يبيع فيه الخمر أو يصلي فيه الذمي، أو يتخذه كنيسة ذكره ط، وهو قول ك وش وأبي يوسف [10]، وقال أبو حنيفة يجوز ذلك [11].

وعن الوافي[12]: يجوز إذا كان في خططهم [13].

وقوله: "غالباً " قال في الشرح: راجع إلى الصور الثلاث

---

1 - الزيادة من(ب) .
2 - شرح الأزهار - (٣ / ٢٥٢)و بدائع الصنائع (ج٤/ص١٩١).
3 - في(ب)"وإن".
4 - شرح الأزهار - (٣ / ٢٥٢).
5 - نهاية ورقة ٢٨١ من (أ).
6 - المهذب في فتاوى الإمام المنصور بالله عبدالله بن حمزة عليه السلام(١ / ٤٦٤) .
7 - الزيادة من(أ) .
8 - البيان لابن مظفر(ج١٢/٣) .
9 - الكافي (خ) وقيل وجهان . ينظر المبدع (ج٥/ص٧٥) .
10 - حاشية الدسوقي (ج٣/ص٧) و التنبيه (ج١/ص١٢٣).
11 - البحر الزخار - (٩ / ٣٠٨). والدر المختار (ج٦/ص٣٩١).
12 - في(ب)"الكافي".
13 - الوافي (خ).

فيحترز[١] فيما لو كانت المنفعة في حق شخص غير مقدورة له وهي في حق غيره مقدوره، فإنه [لا] [٢] يصح استئجار من [لا] [٣] يقدر عليها مع أنه قد صدق عليه[٤] أنها غير مقدورة لبعض الناس ويحترز من الجنان، فإنه يجب على ولي الصبي، وتصح الإجارة عليه مع أنه قد صدق على المنفعة أنها واجبة، فبطلت[٥] الأجرة حينئذ، ويحترز من أن تكون محظورة على غير الأجير وغير محظورة عليه، فإنه يصح الاستئجار ونحو ذلك، وهذا الاحتراز من المفهوم في الثلاث الصور انتهى[٦].

قال في الشرح: وحذف قوله [في الأزهار] [٧] " فِيمَا يُمْكِنُ الِانْتِفَاعُ بِهِ مَعَ بَقَاءِ عَيْنِهِ وَنَمَاءِ أَصْلِهِ وَلَوْ مُشَاعًا " [٨]، لأن معنى ذلك قد فهم من قوله "على منفعة" لأن الذي لا يمكن الانتفاع به إذا استؤجر فقد عقدت الإجارة على غير منفعة، وكذا الذي لا يمكن الانتفاع به إلا مع إتلاف نماء أصله كالثمر ليس بمنفعة إذ الثمر أعيان وكذا دخل معنى المشاع في العموم انتهى [٩].

فـــــرعٌ: فلا يصح استئجار ما لا يمكن الانتفاع به إلا مع استهلاكه كالطعام والنقد لغير التحمل والغبار، وأما لهما فيصح عندنا.

قيل: فإن لم يبين أنه استأجرهما لذلك انقلبت الإجارة قرضاً وفي صحة تأجير المسك للشم تردد يحتمل الصحة لأن المقصود منه الريح ومحله تابع، ويحتمل عدم الصحة لأن الريح عرض لا ينتقل إلا بمحله وكذا لا يصح استئجار ما لا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاكه نماء أصله، أي فوائده الأصلية كالشجر للثمر والحيوان للصوف واللبن، فلو استأجر الأشجار للاستظلال بها والربط إليها صح على المذهب، فإن أستأجر أرضاً فيها أشجار ولم يستثنها المؤجر فسدت الإجارة بلا خلاف، لأن الأشجار تدخل في إطلاق الإجارة كالبيع، وفي قوله في الأزهار "ولو مشاعاً"[١٠] إشارة إلى الخلاف حيث أجر نصيبه من غير شريكه فالمذهب صحة ذلك وهو مذهب مالك وش قياساً على البيع [١١].

---

1 - في(ب)"فيخير" .
2 - الزيادة من(ب) .
3 - الزيادة من(ب) .
4 - في(ب)"عليها" .
5 - في(ب)"فتطيب" .
6 - الجامع في الشرح (خ) .
7 - الزيادة من(أ) .
8 - الأزهار - (١ / ١١٥).
9 - الجامع في الشرح (خ) .
10 -الأزهار - (١ / ١١٥).
11 - شرح الأزهار - (٣ / ٢٥٠) والمهذب (ج١/ص٣٩٥) .

قيل: ويكون بحضور شريكه أو إذنه أو الحاكم كما في البيع، وقال أبو حنيفة [وزفر] [١]: لا يجوز التأجير من غير شريكه لأنه لا يتمكن المستأجر من الانتفاع بما استأجره عقيب عقد الإجارة وعن أبي يوسف ومحمد لا يصح تأجير المشاع مطلقاً [٢].

قوله عليلم: " **معينة ومدتها أَوْ مَا فِي حُكْمِهَا** " أي ويشترط صحة الإجارة أن تكون المنفعة معينة، أو في حكم المعينة وأن تكون مدة الانتفاع كذلك.

قال في الشرح: أما المنفعة التي في حكم المعينة، فنحو أن يكون للعين المؤجرة منافع كثيرة، وهي مستوية في المضرة فلا يشترط تعيين أحدها[٣] بل يجوز للمستأجر فعل أيهما شاء، وكذا لو اختلفت وجعل للأجير الخيار أن يفعل أيها[٤] شاء [من منافعه، وكذا لو كانت الأرض أو الدار، أو الحانوت تصلح[/٥] لمنافع مختلفة، وجعل للمستأجر الخيار أن يفعل أيها شاء] [٦] ونحو ذلك فإنه يصح ذكره المؤلف [انتهى] [٧][٨].

وهذا فيما عدا الحيوان وأما فيه فلا يصح أن يقال لمستأجره احمل عليه ما شئت لأن ذلك يستلزم أن يحمل عليه ما يكون سبب هلاكه وذلك لا يستباح بالإباحة إلا أن يفهم من قصدهما أنه يحمل عليه ما شاء مما يحتمله ولا يضره صح ذلك، والذي في حكم تعين المدة العمل المنحصر كخياطة الثوب وقصارته والذهاب إلى موضع معين، فإن ذلك العمل المنحصر بمنزلة تعيين المدة لما كان معلوم الانتهاء .

تنبيـــــهٌ: المراد بتعيين المنفعة والمدة بيانهما، وقد استغنى المؤلف عليلم بذكر تعيين المنفعة عن ذكر تعيين العين المؤجرة إذ لا تصح الإجارة من دون ذلك، كما صرح به في الأزهار حيث قال :" وَشَرْطُ كُلِّ مُؤَجَّرٍ وِلَايَتِه وتَعْيِينُهُ "[٩].

قال في الغيث: أي تعيين العين المؤجرة كالمبيع فلو قال أجرت منك إحدى دوائي لم يصح إلا بخيار لأحدهما مدة معلومة انتهى[١٠].

---

1 - الزيادة من(ب) .
2 - البحر الرائق (ج٨/ص23) و بدائع الصنائع (ج٤/ص١٨٠).
3 - في(ب) "احداهما" .
4 - في(ب)"ما" .
5 - نهاية ورقة ٢٩٥ من (ب).
6 - الزيادة من(ب) .
7 - الزيادة من(أ) .
8 -الجامع في الشرح (خ) .
9 - الأزهار - (١ / ١١٥).
10 -الغيث المدرار ج٣(خ) .

قوله عليلم: " **وأَوَّلُ مُطْلَقِهَا وَقْتُ الْعَقْدِ** "يعني أنه إذا لم [يكن] (١) العقد أول مدة الإجارة بل قال أجرت منك هذه العين شهراً أو سنة أو نحو ذلك صحت الإجارة، وكان أول المدة المذكورة وقت العقد هذا هو المذهب، وعن ش أنه يشترط بيان أول المدة كانتهائها وإلا لم يصح العقد (٢).

قال في شرح الإبانة: وتصح الإجارة وإن طال زمانها عند أهل البيت عليلم وأبي حنيفة و [أحد قولي] (٣) ش، وعلى قوله الثاني لا يصح أكثر من سنة (٤).

قوله عليلم: " **بأجرة يَصِحُّ ثَمَنًا أومَنْفَعَةٍ كذلك** " أي ولا بد في صحة عقد الإجارة أن تكون بأجرة يصح جعلها ثمناً لمبيع من كونها معلومة جملة أو تفصيلاً، يصح تملكها في الحال و(٥) نحو ذلك، فصح(٦) تأجير الأرض بالطعام المسمى كما يصح جعله ثمناً هذا هو المذهب وهو قول ح و ش قياساً على البيع (٧).

وقال ك والناصر والصادق والإمامية وابن حنبل: لا تجوز إجارة الأراضي بالطعام لورود النهي عن المخابرة (٨).

قلنا: هو محمول على إجارة الأرض ببعض ما تغله، وذلك لا يصح كما لا يصح جعله ثمناً.

وقوله "أو منفعة كذلك" معناه أو تكون الأجرة منفعة كالمنفعة المعقود عليها، أي كمنفعة المؤجرة في كونها معلومة مقومة مولاه مقدورة غير واجبة ولا محظورة غالباً كما تقدم مع بيان مدتها أو ما في حكمها كما مر نحو أن [يستأجر] (٩) دارا معينة سنة بمنفعة عبد معين سنة أو أقل أو أكثر.

قال في الغيث: واعلم أنه إما أن تتفق المنفعتان أو يختلفا(١٠) إن اختلفتا فذلك مجمع على جوازه كما مثلنا، وإن اتفقتا كمنفعة دار بمنفعة دار أو منفعة عبد بمنفعة عبد فالمذهب جواز

---

1 - في(ب)" يذكر في "بدل مابين المعقوفتين .

2 - المهذب (ج١/ص٣٩٦).

3 - سقط من(ب) .

4 - شرح الإبانة (خ).و الفتاوى الهندية (ج٤/ص٤١٥)، والبحر الرائق (ج٧/ص٢٩٧). و الدر المختار (ج٦/ص٦).و المهذب (ج١/ص٣٩١).

5 - في(ب)"أو" .

6 - في(ب)"فيصح" .

7 - شرح الأزهار - (٣ / ٢٥٦).

8 - المرجع السابق و المبسوط للسرخسي (ج٢٣/ص١٥). و بداية المجتهد (ج٢/ص١٦٦). و الكافي (٥ / ٢٦٥).

9 - سقط من(ب) .

10 - في(ب)"يختلفان" .

ذلك حكاه في الشرح عن المؤيد وك وش، وذكره المنصور في مهذبه قال في حواشيه، وهو قول القاسم ويحيى، والوجه قياس المنافع على الأعيان[1/]، وقال أبو حنيفة وأصحابه، وحكاه في الكافي عن أكثر أصحابنا أنه لا يجوز، وعلته أنه بيع جنسه بجنسه نساء فلا يجوز.

قال المنصور: ويجوز أن يؤجر ثوره ثلاثة أيام بمنافع ثورين يوماً واحداً وهو ظاهر إطلاق أصحابنا ، وقيل ع : إذا أتفق الجنس لم يجز النسا انتهى [٢].

قوله عليلم:" **وَيَجُوزُ فِعْلُ المساوية ضرراً** " فمن استأجر عيناً لمنفعة مخصوصة جاز له أن ينتفع بها فيما[٣] يساوي تلك المنفعة [بالمضرة في العين] [٤] وكذا فيما هو أقل ضرراً بطريق الأولى فإن شرط عليه المؤجر أن لا ينتفع إلا بتلك المنفعة المخصوصة دون ما يساويها أو ما هو أقل ضرراً [منها] [٥] ففيه وجوه ثلاثة تفسد الإجارة لأنه خلاف موجب العقد، ويصح العقد والشرط ويصح العقد لا الشرط. قيل ولعل الأول أقرب للمذهب [٦].

[قوله عليلم] [٧]:" **لهب ويدخلها الخيار والتخيير والتعليق والتضمين [غالباً]** [٨] أي والإجارة تدخلها الأربعة [الأمور] [٩] المذكورة على ما أطلقه[١٠] بعض المذاكرين للمذهب، واستضعف المؤلف عليلم جعل ذلك الإطلاق للمذهب لما سيأتي من التفصيل والخلاف فيها إن شاء الله تعالى، والمراد بالخيار خيار الرؤية والعيب والشرط، أما خيار الرؤية والعيب فالكلام فيهما[١١] كما مر في البيع، وأما خيار الشرط فالمذهب صحته في الإجارة كما في البيع وهو قول الناصر والحنفية إلا أن الحنفية يقولون: لا نزيد على الثلاث [١٢].

وقال ش: لا يصح خيار الشرط في إجارة الأعيان لأن مدة الخيار إن حسبت على المكتري كان ذلك نقصاناً من مدته، وإن لم يحسب منها كان ذلك زيادة على المؤجر.

قالوا: وفي خيار المجلس وجهان: يثبت لقصر المدة ولا، لما ذكرنا [١٣].

---

1 - نهاية ورقة ٢٨٢ من (أ).
2 - الغيث المدرار ج٣(خ)و شرح الأزهار - (٣ / ٢٥٦) .
3 - في (ب)"ما".
4 - في (ب)"في المضرة بالعين" بدل مابين المعقوفتين.
5 - سقط من (ب).
6 - شرح الأزهار - (٣ / ٢٥٧)والمهذب (٤٠٠/٣).
7 - سقط من (ب).
8 - سقط من (أ).
9 - سقط من (أ).
10 - في (ب)"أطلقها".
11 - في (ب)"فيها ".
12 - شرح الأزهار - (٣ / ٢٥٧) والبحر الرائق (ج٦/ص٩).
13 - الإقناع للماوردي (ج١/ص١٠٠) و المجموع (ج٩/ص١٦٩) .

وأما إجارة الأعمال فوجوه يثبت الخياران ولا يثبتان، والثالث يثبت خيار المجلس لا خيار الشرط، وتحقيق المسألة على المذهب أنه إن جعلت مدة الخيار من مدة الإجارة نحو أن يستأجر شهراً معيناً على أن له الخيار ثلاثة أيام من أوله فهذا يصح على ظاهر المذهب، ثم إن سكن في مدة الخيار فقيل ح: لا يبطل خياره لأنه مأذون بالسكنى، وعن صاحب الوافي يبطل خياره[١]، وعلى القول الأول يلزمه الأجرة لمدة الخيار حيث سكن فيها أو تمكن من السكنى تمت الإجارة أم انفسخت وإن لم يسكن فيها ولا تمكن فلا أجرة عليه تمت الإجارة أم انفسخت هذا إذا[٢] كان الخيار له وحده، فإن كان للمؤجر أو لهما [كليهما] [٣] فإن انتفع لزمته الأجرة في مدة الخيار، وإن[٤] لم يتمكن لم يلزمه وإن تمكن ولم ينتفع فإن تمت الإجارة لزمته، وإن فسحت لم يلزمه، وأما إذا جعلت مدة الخيار من غير مدة الإجارة كأن يستأجر شعبان وله الخيار ثلاثاً من آخر رجب فإن[٥] قلنا الإجارة على وقت[٦] مستقبل يصح صحت هذه وإلا فلا، وليس له أن يسكن في مدة الخيار ولا يبطل السكنى خياره إن قلنا بصحتها وعليه[٧] الأجرة، وأما حيث أطلق ولم يبين كون مدة الخيار من مدة الإجارة أم من غيرها فقيل س إن سكن في الثلاث كان أول الشهر، ويكون كالوجه الأول، وإن لم يسكن فيها كانت مدة الإجارة بعدها كالوجه الثاني ونظره في الغيث لأنه يلزم منه فساد الإجارة لجهالة أول المدة هل من أول الثلاث أو عقيبها .

وقيل: يحتمل مع الإطلاق أن ذلك كالشهر المعين لأن مع الإطلاق تكون المدة من وقت [أول] [٨] العقد ويحتمل أن العقد لا يستقر حتى تمضي مدة الخيار والله أعلم [٩].

وأما التخيير فأما أن يكون في الأعمال نحو أن يستأجره على أن يزرع هذه الأرض أو هذه أو في الأجرة نحو أن يقول[١٠/] على أن تخيط [هذا] [١١] الثوب بخمسة أو هذا[١٢] بعشرة أو أجرتك هذه الدار على ان كنت فيها حداداً فالأجرة عشرة، وإن بعت فيها البر فعشرة أو

---

1 - شرح الأزهار - (٣ / ٢٥٧) .
2 - في (ب)"حيث".
3 - الزيادة من (أ).
4 - في (ب)"فإن".
5 - في (ب)"بأن".
6 - في (ب)"وجه".
7 - في (ب)"فعليه".
8 - سقط من (أ).
9 -الغيث المدرار ج٣(خ)وشرح الأزهار - (٣ / ٢٥٧ / ٢٥٨) .
10 - نهاية ورقة ٢٩٦ من (ب).
11 - سقط من(ب).
12 - في (ب)"هذه".

في المسافة نحو أن يقول إلى موضع كذا [أو إلى موضع كذا] [١] فإن هذه الصور كلها صحيحة، وإن لم يذكر[خيار] [٢] لأحدهما مدة معلومة على ما يقتضيه كلام ض زيد، وحكايته عن المتأخرين من أصحابنا فأما[٣] في الأعيان فلا بد فيها من ذكر الخيار لأحدهما مدة معلومة كما في البيع نحو أن يقول أكريتك هذه[٤] الحانوت أو هذه، ولي الخيار ثلاثة أيام أو لك فإن لم يذكر ذلك فسدت.

وعن ش: لا يصح التخيير في الإجارة مطلقاً [٥]، وعن بعض أهل المذهب لا يصح الإجارة مع التخيير إلا بذكر الخيار لأحدهما مدة معلومة في الجميع من غير فصل، وهو الذي في التذكرة [٦].

وأما التعليق فنحو أن يقول المستأجر للأجير أعرض هذه السلعة مدة كذا بكذا فإن بعت وإلا فلا شيء لك، أو فإن بعت فلك كذا وإلا فلا شيء لك، فإن تعليق الإجارة[٧] على هذا الشرط يصح، ويصح العقد عند المذاكرين وأبي حنيفة [٨].

وقال المؤيد وش: يفسد فيلزم أجرة المثل لأنهم فعلوا فيه على أنه عقد إجارة [٩].

وأما التضمين للعين المؤجرة فالمذهب صحته فيضمنها المستأجر، وإن تلفت بغير تفريط.

عند ح وش: لا يضمن المستأجر، وإن ضمن [١٠].

لنا قوله صلى الله عليه وآله " الزَّعِيمُ غَارِمٌ "[١١] ونحوه، ولأن المؤجر كأنه جعل بعض المنافع في مقابلة الحفظ وبعضها في مقابلة الأجرة فصار كالمستأجر على الحفظ.

قيل س: وسواء قارن التضمين العقد أم تأخر لأنه يكون كالزيادة في الأجرة، وقيل ح: إنما يلزم حيث قارن لا حيث تأخر لأنه عمل لا يملك فلا يصح زيادته [١٢].

---

1 - الزيادة من (أ).
2 - الزيادة من (ب).
3 - في (ب)"وأما".
4 - في (ب)"هذا".
5 - التنبيه (ج١/ص١٢٣).
6 -التذكرة الفاخرة (ص ٤٠٢).
7 - في (ب)"الأجرة".
8 - البحر الرائق (ج٤/ص٦).
9 - شرح الأزهار - (٣ / ٢٦٠)و نهاية المحتاج (ج٤/ص٣٤٣).
10 - بدائع الصنائع (ج٤/ص٢١٨). و البحر الرائق (ج٨/ص١٦). و روضة الطالبين (ج٦/ص١٨٦).
11 - أخرجه ابن ماجه في سننه -كتاب الكفالة -بَاب الْكَفَالَةِ -رقم٢٤٠٥ (ج٢/ص٨٠٤).وهو صحيح . ينظر صحيح وضعيف سنن ابن ماجة - (٥ / ٤٠٥) .
12 - شرح الأزهار(٣ / ٢٦٠) وفيه خلاف في نسبة الأقوال ففيه " قيل (ح) لا يلزم اتفاقا وقيل (س) بل يلزم".

واعلم أنه إذا شرط الضمان في الإجارة صح ولو فسدت بأي وجه، وضمانة ضمان المشترك في الصحيحة والفاسدة.

قيل ل: وإذا شرط المؤجر التضمين في الفاسدة وجب على المستأجر أجرة المثل [للاستعمال ووجب له أجرة المثل] (١) للحفظ، وقيل يجب عليه أجرتها مضمنة محفوظة إن استعمل، وحفظ وإن استعمل ولم يحفظ وجب عليه أجرتها مضمنة غير محفوظة، وإن حفظ ولم يستعمل استحق أجرة الحفيظ، وعن الشيخ عطية لا يستحق شيئاً (٢).

تنبيـــــهٌ:جميع ما ذكرته في [شرح] (٣) الأمور الأربعة المذكورة مر.منتزع من الغيث، وهو في شرح الأثمار[٤/] أبسط مما ذكرت، وقال في الشرح: عقيب ذلك ما لفظه "نعم فإذا عرفت ذلك التفصيل في الأربعة المذكورة(٥) واضطرب الخلاف فيه كما ترى صح لك ما أشار إليه المؤلف عليلم من تضعيف جعلها على الإطلاق للمذهب، أما وجه [تضعيف إطلاق](٦) الخيار فلأن خيار الشرط لا يصح إلا في الأعمال كما تقدم، وأما التخيير فلأن إطلاقه كذلك لا يصح على أي الأقوال كما مر تفصيله، وأما التعليق فلأن إطلاقه كذلك لا يصح، لأنه لا يصح في الإجارة التعليق بالشروط المستقبلة نحو إذا جاء زيد ككل عقد، ولذلك أنه في الغيث فسره بعوض السلعة، وذكر أن ذلك تعليق في الأجرة وفيه ما فيه لأن المعلق في التحقيق الإجارة، وأما التضمين فلأن إطلاقه كذلك لا يصح لأنه قد يضمن الغائب وغيره، وقد يضمن غير الغالب كما مر [و] (٧)أيضاً فلا يصح

[التضمين] (٨)إلا حيث هو مقارن للعقد على ما ذكره الفقيه ح كما مر.

قال المؤلف عليلم: وأيضاً فإن في لفظ الثلاثة الأخيرة تسامح لأنه جعل التخيير والتقييد والتضمين يدخل الإجارة، وليس كذلك بل التضمين يتعلق بالعين والتخيير والتقييد يتعلقان بمتعلق الإجارة فعرفت أنه لا يصح جعل ذلك للمذهب على الإطلاق انتهى (٩).

---

1 - سقط من (أ).
2 - الغيث المدرار ج٣(خ)و شرح الأزهار - (٣ / ٢٦٠) .
3 - الزيادة من (أ).
4 - نهاية ورقة ٢٨٣ من (أ).
5 - في (ب)"الأشياء".
6 - في (ب)" إطلاق تضعيف "بدل مابين المعقوفتين.
7 - الزيادة من (أ).
8 - الزيادة من (أ).
9 -الجامع في الشرح (خ).

وقوله: "غالباً " احتراز من تضمين ما ينقص بالاستعمال فإنه لا يصح بل يكون الشرط باطلاً لا خلاف فيه لأن المستأجر استحق منافع المعقود عليه ولا يمكن استيفاء تلك المنافع إلا بالاستعمال.

قيل [ح ل] [١]: وتكون هذه الإجارة فاسدة، لأن هذا الشرط ينفي موجب العقد.

وقيل [ف[٢]] [٣]: بل ظاهر كلام أصحابنا أن هذا الشرط يلغو ويصح العقد [٤].

قوله عليلم: **وَيَجِبُ الرَّدُّ والتَّخْلِيَةُ فَوْرًا** " أي يجب على من استأجر عيناً من الأعيان أن يردها عقيب انقضاء مدة الإجارة من دون تراخٍ مع إخلائها حيث كانت داراً أو نحوها لأنه لم يؤذن بإمساكها ولا شغلها بعد انقضاء المدة، ولأنه أخذ لغرض نفسه وهو الانتفاع فأشبه المستعير [و] [٥]هذا هو المذهب، وهو قول الهادي وش وأبي يوسف، وقال المؤيد لا يلزم الرد مطلقاً، وقال أبو حنيفة: لا يلزم فيما لا حمل له، وقال ابن أبي الفوارس عكسه [٦].

واتفقوا في العارية أنه يلزم ردها لأن المستعير أخذها لغرض نفسه فإن شرط[٧] له المالك أنه يأتي للعارية فقيل س: لا يصح هذا الشرط، ويحتمل أنه يصح لأنه أذن له بالإمساك وأودعه بعد ذلك، واتفقوا في الوديع أنه لا يلزمه رد الوديعة، وإن شرط عليه ذلك لم يلزم .

قيل ع: الخلاف بين المؤيد والهادي حيث لم يضمن المستأجر، وأما إذا ضمن فلا خلاف أنه لا يجب عليه الرد لأنه قد صار أجيراً مشتركاً [٨]، واختار المؤلف وجوب الرد عليه وإن ضمن لوجود سبب الوجوب، وهو كونه مستأجراً إذ هو المقصود واختلف القائلون بوجوب الرد على المستأجر، هل يحتاج في صحة العقد إلى ذكر مكان الرد أو لا ؟

فالمذهب أنه لا يحتاج إلى ذلك وقال ك: بل يحتاج إلى ذلك مطلقاً [٩].

وقال أبو حنيفة: يحتاج إن كان لحمله مؤنة كما تقدم [١٠].

---

1 - في (ب)"ل ح" بدل مابين المعقوفتين.

2 - في المخطوط "هب "و شرح الأزهار قيل ف وهو الأظهر .

3 - الزيادة من (أ).

4 -شرح الأزهار - (٣ / ٢٦٠) .

5 - الزيادة من (ب).

6 -شرح الأزهار (٣ / ٢٦١) وروضة الطالبين (ج٥/ص٢٢٧). وتبيين الحقائق (ج٥/ص٧٩).

7 - في (ب)"شرطه".

8 -الغيث المدرار ج٣(خ)وشرح الأزهار - (٣ / ٢٦١) .

9 - البحر الزخار (٩ / ٢٨٢).وحاشية ابن عابدين (ج٤/ص٢٨١).

10 - الفتاوى الهندية (ج٤/ص٤١٢). و تبيين الحقائق (ج٥/ص٧٩) .

قوله عليلم: " **وَإِلَّا ضَمِنَه وأُجْرَةُ مِثْلِه إلا لمسقط** " أي و[إن] [1]لا يرد العين المؤجرة بعد مضي المدة فوراً، ويحلبها إن كانت داراً أو نحوها ضمن تلك العين وأجرة مثلها لمدة إمساكها، وإن لم ينتفع بها لأنه قد صار كالغاصب لها.

وقوله:"إلا لمسقط" معناه إلا أن يكون ثمة مسقط للضمان والأجرة فلا ضمان، و لا أجرة حينئذ، وذلك نحو أن يشرط على المالك أن يأتي لها بعد انقضاء الإجارة لأنه إذا شرط عليه ذلك فقد أذن له أن يكون وديعة عنده، وكذا حيث يعرض له مانع من الرد من مخافة أو غيبة أو غيرهما، فإنه لا يضمن العين ولا الأجرة إن لم يستعمل.

وقال ش: يضمن، وإن لم يتمكن من الرد وجد الغيبة التي تكون عذراً عندنا [٢].

قيل ح: أن يكون بريداً فصاعداً، قال وفيما بين الميل والبريد تردد، فأما في الميل فليس بعذر بلا إشكال وقد يقال أن الحاكم يقوم مقام المالك إن وجد في الناحية.

قيل ح: وكذا[٣/]حيث كانت مضمنة كما مر فلا يجب الرد ولا الأجرة [٤].

تنبيـــــهٌ: قال في التعريفات:" فإن جاء صاحبها بعد مدة وقال لم يفرغ، فالقول قول المستأجر إن كانت فارغة، وقول المالك إن كانت مشغولة [٥].

قوله عليلم :" **وَمُؤَنُهُمَا ومُدَّةُ التَّخْلِيَةِ عَلَيْه لَا الْإِنْفَاقُ** " أي مؤن الرد والتفريغ حيث لهما مؤنة يكون على المستأجر، وكذا مدة تخلية الدار وتخلية حشوشها يكون من مدة الإجارة، فإن لم يفرغها إلا بعد مضي المدة ضمن العين وأجرتها كما تقدم، وعلى المالك تفريغ الحش في الابتداء ليتمكن المكتري من الانتفاع به، فإن ملاه المكتري ومدة الإجارة باقية احتمل أن يجب التفريع على المالك وأحتمل أن يكون على المكتري وهو الأرجح.

قال في الانتصار: وإذا أستأجر أرضاً للزرع فقلعه وجب عليه تسوية الأرض كما كانت، وإذا حصد [الزرع] [٦] وبقيت عروقه وجب عليه قلعها ليرد الأرض كما كانت [٧].

وقوله:" لَا الْإِنْفَاقُ" يعني فلا يجب على المستأجر حيث كانت العين المؤجرة حيواناً بل يجب نفقتها على مالكها، قيل وذلك إجماع، وكذلك الوديعة والعارية.

---

1 - الزيادة من (أ).
2 - البحر الزخار - (٩ / ٢٨٢)و شرح الأزهار - (٣ / ٢٦١) .
3 - نهاية ورقة ٢٩٧ من (ب).
4 -المرجع السابق.
5 - التفريعات (خ).
6 - سقط من (ب).
7 - الانتصار على علماء الأمصار ج٦(خ).

قيل: وإذا كان العرف أن النفقة على المكتري كانت الأجرة فاسدة لجهالة الأجرة [1].

قال بعض أصحابنا: وإذا شرطها المالك على المكتري صح ذلك وكانت من جملة الأجرة لكن يجب أن تكون مقدرة معلومة في ذوات الأمثال بالوزن أو الكيل، وأما ذوات القيم كالتبن والقضب والقصب فتفسد لأنها لا تثبت في الذمة في مثل ذلك إلا ان يذكر دراهم ويأمره أن يشتري بها علفاً صح ذلك [2].

قيل: ويكون مستأجراً على العلف فيضمن ضمان الأجير المشترك.

---

1 - الغيث المدرار ج٣(خ) و شرح الأزهار - (٣ / ٢٦٢) .

2 - المرجع السابق.

"**فَصْـــــلٌ**"

وَإِنَّمَا تُسْتَحَقُّ أُجْرَةُ الْعينَ بِاسْتِيفَاءِ الْمَنَافِعِ أَوْ التَّخْلِيَةُ كما مر غالباً " أي لا يستحق أجرة العين المؤجرة إلا بأحد أمرين، إما باستيفاء منافعها التي عقدت الإجارة لأجلها في المدة المسماة أو بالتخلية [1/] وهي التمكين من استيفاء المنافع في المدة كما تقدم في البيع أن التخلية بمنزلة القبض فكلما استوفى المستأجر من منفعة ما له قسط من الأجرة وجب تسليمه، وكذا حيث تمكن من الانتفاع وإن لم ينتفع، و[٢] هذا في الإجارة الصحيحة.

وقوله: "غالباً" احتراز من كون الأجرة مقبوضة، فإن ذلك لا يشترط هنا كما يشترط في صحة التخلية في البيع أن يكون الثمن مقبوضاً كما تقدم، وإنما عدل عن قوله في الأزهار" الصَّحِيحَةُ "[٣] إلى قوله "كما مر غالباً" لأن التخلية الصحيحة، إنما تعرف مما تقدم ولزيادة الاحتراز بلفظة غالباً فإن كانت التخلية غير صحيحة نحو أن يستأجر منزلاً ولا يعطيه المؤجر مفتاحه، ولا يمكن فتحه من دونه إلا بمشقة أو مؤنة لم يستحق الأجرة .

قيل: فإن لم يمكن إِلَّا بِكَسْرِ الْغَلْقِ، لَمْ يَجُزْ، فَإِنْ فَعَلَ لَزِمَتْ الْأُجْرَةُ فأما لو أَمْكَنَ بِالْفَكِّ[٤] أَوْ التَّسَلُّقِ جَازَ ذلك، ولم يجب فإن سلم إليه مفتاحاً يحسن الفتح به عامة الناس، وهو لا يحسن ففي وجوب الأجرة عليه احتمالان، وإن ضاع المفتاح مع المكتري من دون تفريط لم يضمنه لأنه معه أمانة ويجب على صاحب الدار تعويضه [٥].

قوله عليلم:" **فَإِنْ تَعَذَّرَ الِانْتِفَاعُ لِعَارِضٍ فقبل القبض يبطل** "أي إن تعذر الانتفاع بالعين المؤجرة لعارض حصل فيها فإن كان ذلك قبل قبض المستأجر للعين[المستأجرة] [٦] بطلت الإجارة نحو أن يستأجر دراً فتتهدم كلها قبل قبضها أو أرضاً فانقطع ماؤها أو غلب عليها الماء أو غضب أو دابة فعجز ت أو آدمياً فمرض أو حبس أو نحو ذلك.

وأما حيث تعذر الانتفاع بالعين المؤجرة بعد قبضها فقد بين المؤلف عليلم ذلك بقوله " **وبعده إن لم يفسخ أصلح نحو الْمَالك وسقطت أو الحصة** "يعني أن الإجارة لا تبطل حيث تعذر الانتفاع بالعين المؤجرة بعد قبضها على المذهب، وهو أحد قولي ش، وعلى قوله الآخر يبطل أيضاً [٧].

---

1 - نهاية ورقة ٢٨٤ من (أ).

2 - في (ب)"في".

3 - الأزهار - (١ / ١١٦).

4 - في (أ)"الفك".

5 - البحر الزخار - (٩ / ٣٠٧)بنحوه .

6 - سقط من (أ).

7 -المهذب (ج١/ص٣٩٥).

قلنا: [و] [1] حيث يتعذر الانتفاع بعد التسليم يخير المكتري بين الفسخ ومطالبة المالك[ونحوه] [2] بالإصلاح حيث عكس وأراد بنحو المالك المتولي، فإن فسخ المستأجر أو لم يصلح المالك ونحوه سقطت الأجرة جميعها حيث تعذر الانتفاع بالكلية ولم يكن قد استوفى شيئاً من المنافع ولا مضى من المدة ما له أجرة مع التخلية وهذا ظاهر، حيث كان المؤجر داراً فانهدمت جميعها أو أرضاً فانقطع ماؤها حتى بطل الزرع بالكلية، وأما حيث انهدم بعض الدار فقط وبقي منها ما يمكن الانتفاع به أو[3] انهدمت كلها وقد كان استوفى منافعها بعض المدة، فيلزمه حصته[4] ما لم ينهدم أو حصة ما انتفع فإن فسخ قبل الإصلاح انفسخت الإجارة وسقطت الأجرة جميعها أو الحصة حسبما تقدم، وكذا حيث لم يزرع في الأرض وتعذرت زراعتها قبل مضي مدة يمكن فيها زراعة ما استأجرها له، فإنها لا تلزمه أجرة على الأظهر لعدم حصول شيء من المقصود بعقد الإجارة ولا التمكن من ذلك.

تنبيـــــهٌ: وإذا خربت الدار المؤجرة بعد قبضها سقط كراها ما دامت خراباً، ويكون للمكتري أن يفسخ الإجارة فإن لم يفسخها لزم مالكها إعادتها كما كانت قدراً وصفة إذا[5] تمكن من ذلك ثم يجب على المكتري كراء ما بقي من المدة بعد عمارتها إذا كانت له أحرة فلو أعادها المالك على غير صفتها الأولى، خير للمكتري بين سكناها فيما بقي من المدة بحصتها من الأجرة وبين الفسخ، وإن عمر المالك بعضها فقط، خير المكتري بين الرضا به بحصته من الكرى فيما بقي من المدة وبين الفسخ، ولا فرق في ذلك كله بين أن تجرب بفعل المكري أو المكترى أو غيرهما، لكن يلزم المكتري أرش الخراب حيث كان يفعله، وإن خرب بعض الدار فقط فالكلام فيما خرب كما تقدم ويخير المكتري في الباقي[6] بين الرضا به بحصته من الكراء وبين الفسخ، ويخير المكتري لكل عيب حدث في العين المؤجرة معه لأنه يجب تسليمها سليمة من العيب في كل وقت.

فــــــرعٌ: وحيث أسقط المستأجر خياره لانهدام الدار ونحوه كان له أن يفسخ ما دامت منهدمة لأن سبب الفسخ متجدد وهو[7] الانهدام فإن أصلح المالك قبل أن يفسخ بطل خياره .

فــــــرعٌ:

---

1 - الزيادة من (أ).
2 - الزيادة من(ب).
3 - في (ب)"وإلا".
4 - في (ب)"حصة".
5 - في (ب)"إن".
6 - في (ب)"الثاني".
7 - في (ب)"هي".

فلو[١] أراد المؤجر تعويض المستأجر بما فات من سكنى الدار بعد المدة بقدر ما فات لم يلزم المستأجر قبول ذلك لأن المنافع من [٢/] ذوات القيم فلا يضمن بأمثالها وكيفية تخصيص الحط من الأجرة أن الحانوت أو الدار إذا تعطلت شهراً نظرنا كم أجرة مثلها في تلك الأيام ثم نظرنا كم أجرتها في الشهور، وقسمنا أجرته المسماة على ذلك ذكر معناه في الغيث [٣].

قيل ع: ولا خيار للمؤجر إذا انهدمت الدار [٤].

فـــــرعٌ: وعلى المؤجر تطيين الدار المؤجرة وإصلاح بين مائها ومجاري الماء ونحو ذلك ليتمكن المكتري من الانتفاع .

قيل ف: فلو جرت العادة بأن ذلك على المكري[٥] أو شرط عليه ذلك فسدت الإجارة، لأنه يكون من جملة الأجرة وهو مجهول [٦].

قوله عليلم:" **وَإِذَا عَقَدَ لِاثْنَيْنِ فَلِلْأَوَّلِ إن علم** " مثال ذلك أن يؤجر دابته وداره من شخصين بعقدين، ويعلم المتقدم منهما فإنه يحكم له باستحقاق منافع تلك العين دون المتأخر.

قوله عليلم:" **وإجَازَتُهُ للْمَالِكِ فَسْخٌ لَا إمْضَاءٌ** [٧] "يعني إذا أجاز المستأجر الأول للمالك عقده الثاني لنفسه لا للمخير كان ذلك منه فسخاً للعقد المتقدم ولا تكون إجازته هذه إمضاء للعقد الثاني لأن المالك أجر العين في العقد الثاني وهي غير مالك لمنافعها.

قال في الغيث: وهذا ظاهر إلا أنه مخالف لكلام الهادي عليلم في مسألة الهبة أنه إذا باعها أي باع الموهوب كان بيعه رجوعاً وعقداً مع أنه باع والملك لغيره، ووجه الفرق بين المسألتين أن الواهب يملك الفسخ والبيع فينزل قوله "بعت" بمنزلة قوله "فسخت وبعت" والمستأجر إذا أجاز عقد المالك لنفسه فهو لا يملك حينئذ إلا الفسخ دون التأجير[٨] فلا يصح أن يقال [أن] [٩] قوله للمالك أجزت تأجيرك لنفسك بمنزلة قوله فسخت وأجزت، لأنه ليس له أن يؤجرها للمالك وإنما يؤجرها لنفسه حيث ملك المنافع [١٠].

---

1 - في (ب)"فإن".
2 - نهاية ورقة ٢٩٨ من (ب).
3 - الغيث المدرار ج٣(خ) .
4 - المرجع السابق.
5 - في (ب)"المكتري".
6 - شرح النجري (خ).
7 - في (ب)"إمضائه".
8 - في (ب)"الإجازة".
9 - سقط من (ب).
10 -الغيث المدرار ج٣(خ) .

قوله عليلم:" **و لِنَفْسِهِ بعد القبض يصح لمثل بمثل ككل مستأجر غالباً** " يعني وإن[1] كان المستأجر الأول أجاز العقد الثاني لنفسه لا للمالك، وكان ذلك بعد قبضه للعين المؤجرة فإن ذلك يصح مطلقاً سواء قصد المالك التأجير عن المستأجر الأول أم عن نفسه كما تقدم في البيع الموقوف، لكن إنما يصح ذلك حيث أجرتك العين بمثل[2] [3/] المنفعة التي[4] استأجرها الأول لها، وبمثل الأجرة التي[5] استأجرها به[6] لا بأكثر من ذلك ولا يقال أن المالك هنا قد تولى العقد فيكون رضا بالزيادة لأن ذلك إنما يكون رضا لو عقد عن المستأجر كما سيأتي في الطرف الثاني.

وقوله: "ككل مستأجر" معناه كما أنه [لا] [7] يصح من كل مستأجر أن يؤجر ما أستأجره إلا بعد القبض لمثل و بمثل كما سيأتي.

وقوله: "غالباً" احتراز من الصورتين[8] احدهما تأجير المستأجر من المؤجر فإنه لا يصح على المذهب، وهو قول ح، خلاف المؤيد وش فقالا: يصح ذلك إذ قد ملك المنافع فصح أن يملكها غيره مطلقاً [9].

قلنا: يؤدي تصحيح التأجير من المالك إلى أن يصير طالباً مطلوباً إذ يلزم [المالك][10] بالعقد الأول تسليم العين مستمراً، والعقد الثاني يقتضي أن تسليمها مستمراً .

الصورة الثانية: التأجير إلى غير المالك بأكثر مع إذن المالك أو لزيادة مرغب زادها المستأجر الأول في الْعَيْنِ، فإن ذلك يصح وهذه مستثناة من العكس، فأما حيث أجرها بعد قبضها لمثل [وبمثل ما اكترى] [11] فلا يحتاج إلى إذن المالك إذ قد ملك المنافع فله أن يملكها غيره [كما مر] [12] هذا هو المذهب، وعلى كلام المنتخب وع ليس له تأجير ما استأجره مطلقاً لأن العين عنده أمانة فلا يخرجها إلا بإذن [13].

---

1 - في (ب)"وإذا".
2 - في (ب)"الذي".
3 - نهاية ورقة ٢٨٥ من (أ).
4 - في (ب)"لمثل".
5 - في (ب)"لمثل".
6 - في (ب)"بها".
7 - الزيادة من (ب).
8 - في (ب)"صورتين".
9 - الغيث المدرار ج٣(خ)والبحر الرائق (ج٨/ص١٢). و روضة الطالبين (ج٥/ص٢٥٣).
10 - الزيادة من (أ).
11 - في (ب)"ما اكترا وبمثل"بدل مابين المعقوفتين.
12 - الزيادة من(أ).
13 - شرح الأزهار - (٣ / ٢٦٥) .

قُلْنَا: مِلْكُهُ الْمَنَافِعَ صَيَّرَهُ مَأْذُونًا فأما[١] منعه من تأجيرها بأكثر من دون إذن أو زيادة مرغب فلأنه لا يكون قابضاً للمنافع بقبض العين إذ هي معروفة[٢] فلا يكون مضمونة بالقبض، وقد نهى عن ريح ما لم يضمن فَإِنْ أَذِنَ الْمَالِكُ طَابَتْ، إذْ يَصِيرُ كَالْوَكِيلِ ، وَكَذَا لَوْ زَادَ مُرَغِّبًا إذْ لَا رِبْحَ حِينَئِذٍ ذكر معنى ذلك في البحر عن الأخوين [٣].

وقال ش ومالك والليث وغيرهم: بل يجوز التأجير بأكثر مطلقاً إذْ تُضْمَنُ الْمَنَافِعُ بِقَبْضِ الْعَيْنِ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَوْ لَمْ يَنْتَفِعْ حَتَّى مَضَتْ الْمُدَّةُ ضَمِنَ الْأُجْرَةَ، فَلَمْ يَكُنْ رِبْحٌ مَا لَمْ يَضْمَنْ[٤].

قلنا: لا نسلم أنه لا يكون من قبيل ربح ما لا يضمن فأما ضمانة للأجرة فلتلف المنافع تحت يده، بدليل أن العين لو تلفت في وسط المدة لم يضمن إلا حصة ما مضى.

وقال ح وأصحابه والثوري: بل يصح [مطلقاً] [٥] وتطيب الزيادة[٦] حيث قد زاد في العين ما اقتضى زيادتها من عمارة أو نحوها وإلا لم تطب الزيادة فيتصدق بها ولو أذن المالك إذا [المستأجر ملكها] [٧] من وجه محظور كشاة الْأَسَارَى [٨].

قُلْنَا : لَا نُسَلِّمُ حَيْثُ لَمْ يَأْذَنْ الْمَالِكُ أَنَّ الْمُسْتَأْجِرَ قَدْ مَلَكَهَا ، إذْ لَا مُقْتَضَى لِمِلْكِهِ كَمَا مَرَّ

فَأَمَّا الشَّاةُ فَإِنَّهَا مُلِكَتْ بِالِاسْتِهْلَاكِ عِنْدَ مَنْ يَقُولُ بذلك، أَوْ صُرِفَتْ لِخَشْيَةِ فَسَادِهَا عِنْدَ من لا يقول به [٩].

فَـــــرْعٌ: فَإِنْ أَجَّرَهَا بِأَكْثَرَ من دون إذن ولا زيادة مرغب ضمنها هو المستأجر عند من لا يجير ذلك لتعديهما.

---

1 - في (ب)"وأما".

2 - في (ب)"معدومة".

3 - البحر الزخار - (٩ / ٣٠٠) .

4 -المرجع السابق و المدونة الكبرى (ج١١/ص٤٣٤). و أسنى المطالب في شرح روض الطالب (ج٢/ص٤٢٤).

5 - الزيادة من(ب).

6 - البحر الرائق (ج٨/ص١٢).

7 - في (ب)" ملكها المستأجر" بدل ما بين المعقوفتين.

8 - المقصود بها حديث عَاصِمُ بن كُلَيْبٍ عن أبيه عن رَجُلٍ من الْأَنْصَارِ قال خَرَجْنَا مع رسول اللَّه صلى الله عليه وسلم في جَنَازَةٍ فَرَأَيْتُ رَسُولَ اللَّه صلى الله عليه وسلم وهو على الْقَبْرِ يُوصِي الْحَافِرَ أَوْسِعْ من قِبَلِ رِجْلَيْه أَوْسِعْ من قِبَلِ رَأْسِه فلما رَجَعَ اسْتَقْبَلَهُ دَاعِي امْرَأَة فَجَاءَ وَجِيءَ بِالطَّعَامِ فَوَضَعَ يَدَهُ ثُمَّ وَضَعَ الْقَوْمُ فَأَكَلُوا فَنَظَرَ آبَاؤُنَا رَسُولَ اللَّه صلى الله عليه وسلم يَلُوكُ لُقْمَةً في فَمه ثُمَّ قال أَجِدُ لَحْمَ شَاة أُخِذَتْ بِغَيْرِ إِذْنِ أَهْلِهَا فَأَرْسَلَتْ الْمَرْأَةُ قالت يا رَسُولَ اللَّه إني أَرْسَلْتُ إلى الْبَقِيعِ يَشْتَرِي لي شَاةً فلم أَجِدْ فَأَرْسَلْتُ إلى جَارٍ لي قد اشْتَرَى شَاةً أَنْ أَرْسِلْ إلى بها بِثَمَنِهَا فلم يُوجَدْ فَأَرْسَلْتُ إلى امْرَأَته فَأَرْسَلَتْ إلي بها فقال رسول اللَّهِ صلى الله عليه وسلم أَطْعِمِيهِ الْأُسَارَى. سنن أبي داود -كتاب البيوع - بَاب في اجْتِنَابِ الشُّبُهَاتِ -رقم ٣٣٣٢ (ج٣/ص٢٤٤)وهو صحيح . ينظر (إرواء الغليل - (٣ / ١٩٦).

9 - البحر الزخار - (٩ / ٣٠٠) .

وقال الإمام ح: لا يضمنان إذ لم يتعد المستأجر (1) بالتسليم ولا المستأجر بالقبض لجواز التأجير بالمثل وإنما تعدى بالزيادة وذلك لا يوجب ضمان العين (2).

قال في البحر: قُلْت وَهُوَ قَوِيٌّ مِنْ جِهَةِ النَّظَرِ ، إذْ عَدَمُ لُزُومِ الزِّيَادَةِ لَا يَقْتَضِي الضَّمَانَ، كَلَوْ أَعَارَهَا، وَيَرُدُّ الزِّيَادَةَ إذْ يَلْزَمُ الْعَقْدُ غَيْرُ صَحِيحٍ ، وأما حيث أجر العين قبل قبضها فلا يصح ذلك كما في البيع هذا المذهب، وهو قول أبي حنيفة وأحد قولي ش، وعلى قوله الآخر يصح ذلك إذ قبض العين غير قبض المنفعة فلا تأثير له.

قلنا: لا نسلم بل [هو] (3) في حكم قبضها كما تقدم وإن لم يكن قبضاً حقيقياً.

وأما تأجير العين لأكثر مما استأجرها له فلا يجوز إلا بإذن المالك إجماعا (4).

قوله عليلم:" **وحسب الثاني لِلْأَوَّلِ بعد القبض وأجاز فلنفسه أو أطلق صح مطلقاً وإلا فلغو** "وحيث عقد المؤجر الثاني للمستأجر الأول بعد قبضه للعين المؤجرة فإن أجاز المستأجر الأول ذلك العقد الثاني لنفسه أو أطلق الإجازة، ولم يصرح بأنه أجاز العقد الثاني لنفسه أو للمؤجر، فإن العقد الثاني يصح مطلقاً سواء كان بأكثر أو لأكثر أم خلاف ذلك لأن عقده للأول كالإذن بالزيادة.

وقوله "فلغو" معناه وإن لم يكن الأمر كذلك بأن يقع [العقد] (5)الثاني قبل القبض أو لا [6/].

يقصد المؤجر أن العقد للأول أو لا يخير المستأجر لنفسه أو مطلقاً فإن العقد الثاني لا يصح، بل يكون لغواً، وإنما عدل المؤلف عليلم إلى هذه العبارة لشمولها جميع أطراف المسألة بخلاف عبارة الأزهار .

قوله عليلم " **وإن جهل فللقابض ثم لنحو المقر لَهُ وَإِلَّا اشْتَرَكَا إلَّا لِمَانِعٍ** "أي وإن جهل المتقدم من العقدين حكم بمنافع العين المؤجرة للقابض لها منهما، لأن قبضه إياها أمارة تقدمه، ثم إذا لم يكن قد قبضها أيهما حكم لمن أقر له المالك منهما بالتقدم مع يمين المقر له فإن نكل لم يحكم له بمجرد الإقرار.

وأراد بنحو "المقر له" من حلف دون صاحبه أو نكل صاحبه دونه، ولم يقر المالك لأيهما، فإن جهل المتقدم، ولم يقبض العين أيهما، ولم

---

1 - في(ب) "المؤجر".

2 - البحر الزخار - (٩ / ٣٠٠) .

3 - سقط من(ب).

4 -البحر الزخار - (٩ / ٣٠١: ٣٠٣).

5 - الزيادة من(ب).

6 - نهاية ورقة ٢٩٩ من (ب).

[يحصل إقرار من المالك لأيهما] (١) ولا نحو الإقرار [و حيث] (٢) يشترك المستأجران في منافع العين المؤجرة فإن كانت وتراً نحو ثلاثة أبعرة حملا كلاهما على البعير الثالث نصفين ولكل منهما الخيار في فسخ الإجارة لانكشاف الاشتراك في العين المؤجرة إذ هو عيب فيها .

[و] (٣)قوله: " إلَّا لِمَانِعٍ " معناه إلا حيث يكون ثمة مانع من الاشتراك وذلك نحو أن يختلف طريقهما، ويكون المؤجر وتراً كثلاثة أبعرة فتبطل الإجارة لتعذر القسمة حينئذ بخلاف ما إذا كانت شفعاً فإنهما يقتسمانها ولهما الخيار كما تقدم .

وكذا يكون للمؤجر الخيار في هذه الصورة إذا كانت عادته أن يسير مع جماله ولا يستتيب هذا هو المذهب، وهو قول ح، وقال الناصر: تبطل الإجارة مطلقاً، وقال ش: تقرع بينهما (٤).

قلنا: لا وجه للبطلان مع إمكان القسمة والقرعة غير مشروعة فإن تفاسخ أحدهما هو والمالك لم يستحق الآخر إلا نصيبه وكذا لو اتحدت جهة طريقهما إلا أن موضع أحدهما أبعد مسافة فإنه لا يكون للأبعد أن يحمل على نصيب صاحبه من الحمال بعد وصوله إلى بلده لأن الإجارة في النصف الذي للأقرب قد بطلت بالإضافة إليه.

قال في الغيث: أما لو وقعت الاجارتان في عقد واحد نحو أن يقول أجرت جميع جمالي هذه من كل واحد منكما فيقبلان جميعاً أو يؤجرها وكيلاه في وقت واحدٍ أو يلتبس هل وقع العقدان في وقت واحد أو في وقتين فإن الإجارة تبطل في هذه الصور[٥/] كلها كما في النكاح، ذكر ذلك الفقيه ع انتهى (٦).

قال في الشرح: وحذف قوله في الأزهار "وَلِلْمُسْتَأْجِرِ الْقَابِضِ التَّأْجِيرُ إلى غَيْرِ الْمُؤَجَّرِ لمِثْلِ مَا اكْتَرَى وبِمِثْلِهِ وَإِلَّا فَلَا إلَّا بِإِذْنٍ أَوْ زِيَادَةِ مُرَغِّبٍ" (٧) [لأنها توهم أن الاستثناء راجع إلى الجميع من أنها تصح إلى المؤجر بإذنٍ أو زيادة مرغب] (٨) وليس كذلك وللاختصار إذ قد دخل معنى ذلك فيما تقدم من قوله" لكل مستأجر" انتهى (٩).

---

1 - الزيادة من(ب)" يحصل من المالك إقرار لأيهما " بدل مابين المعقوفتين.
2 - في(ب) "وجب أن" بدل مابين المعقوفتين.
3 - الزيادة من(أ) .
4 -الغيث المدرار ج٣(خ)و المهذب (ج١/ص٤٠٠) .
5 - نهاية ورقة ٢٨٦ من (أ).
6 - الغيث المدرار ج٣(خ) .
7 - الأزهار - (١ / ١١٦).
8 - سقط من(ب) .
9 - الجامع في الشرح (خ).

قوله عليلم:" **ولا يصح لمستقبل إِلَّا فِي الْأَعْمَالِ** " أي ولا يصح عقد الإجارة لوقت مستقبل، سواء يضمن ذلك إدخال عقد على عقد نحو أن يؤجر داره من زيد شهر رجب ومن عمرو[1] شهر شعبان أو[2] لا يتضمن ذلك بل علق عقدها بوقت مستقبل نحو أن يقول وهما في رجب أجرتكها شعبان ونحو ذلك، فإن الإجارة لا تصح في الصورتين عند الهادي وأحد قولي ش وهو المذهب ، وإنما لم يصح لبنائها[3] على الغرر لتجويز تعذر التسليم عند وجوبه فيشبه بيع الطير في الهوى ونحوه، وكما لا يصح البيع المعلق بمستقبل وعند المؤيد والحنفية وأخير قولي ش يَصِحُّ كَلَوْ عَقَدَ لَهُمَا مَعًا [4].

قال في البحر: قُلْت تَسْلِيمُهَا مُمْكِنٌ عَقِيبَ الْعَقْدِ ، وَإِنْ تَأَخَّرَتْ نَوْبَةُ أَحَدِهِمَا فَافْتَرَقَا [5].

وقال في الفنون: تَصِحُّ الْمُعَلَّقَةُ بالمستقبل إن لم تكن العين مؤجرة في الحال [6].

لنا ما تقدم.

قال في الغيث: واعـــــلم أن أصحابنا لا يجيزون إدخال عقد على عقد سواء كان من المستأجر أم من غيره، وفي مهذب الشافعية وجهان: أحدهما لا يصح من المستأجر لأنها على وقت مستقبل، والثاني يصح وهو المنصوص عليه، لأنه ليس لغيره بدخول بين المستأجر وبين الشيء المؤجر، وصورة ذلك: أن يقول المستأجر قد أجرت مني هذا الشيء سنة، فيقول المالك أجرت، ثم يقول المستأجر في ذلك المجلس أو في غيره قد أجرته مني سنة عقيب هذه السنة فيقول أجرت ففيه هذا الخلاف انتهى [7].

وقوله [عليلم] [8] :" إلا في الأعمال يعني فإنه يصح فيها العقد على وقت مستقبل سواء كان فيه إدخال عقد على عقد أم لا نحو أن يستأجره على أن يخيط له هذا الثوب ثم يستأجره على خياطة ثوب آخر بعد ذلك الثوب، وكذلك إذا استأجر الحاج ليحج هذا العام ثم استأجره ليحج العام المستقبل فإن ذلك كله جائز.

قال في الشرح: وكان في أصل النسخ غالباً كما في الأزهار يحترز من الحاج إذا استؤجر بحجتين على أن ينشئ لهما جميعاً ولم يرض الشركاء فإن ذلك لا يصح.

1 - في(ب) "عمر" .
2 - في(ب) "أم" .
3 - في(ب) "لبنائهما".
4 - البحر الزخار - (٩ / ٢٩٢)و الفتاوى الهندية (ج٤/ص٤١) و المهذب (ج١/ص٤٠٠).
5 -المرجع السابق.
6 -الفنون (٤٥٧)والمرجع السابق.
7 - الغيث المدرار ج٣(خ) .
8 - الزيادة من(ب) .

ويحترز أيضاً من أن يعين الحجتين في عام واحد فإن ذلك لا يصح أيضاُ بخلاف سائر الأعمال ثم استحسن المؤلف عليلم ترك غالباً لأن هذه الأشياء لم[١] تبطل لأجل الاستقبال وإنما بطلت لأمر آخر، وهو عدم الرضا في الإنشاء والتعذر في الإتيان بحجتين في عام واحد انتهى[٢].

قوله عليلم:" **وَمَا تَعَيَّبَ تُرِكَ فَوْرًا وَأَلَّا كَانَ رِضًا غالباً** " أي وما أنكشف من المؤجرات أنه معيب أو حدث به عيب وأراد المستأجر فسخه لذلك فإنه يجب عليه أن يتركه فوراً، ولو خشي تلف ماله نحو أن يكون [المؤجر] [٣] في سفينة ولا يجد غيرها إلا لنفسه فإنه يلقي ماله عنها وإن خشي تلفه، وكذا لو كان المؤجر دابة فإنه يجب عليه إذا فسخها أن يضع حمله عنها ولو خشي تلفه وإن لم يترك المؤجر فورا عند الاطلاع على عيبه كان استمراره على الاستعمال رضا بالعيب فيلزمه الأجرة كاملة ولا يصح منه الفسخ على الأصح.

وقال القاضي يوسف: [لا يجب عليه] [٤] إلقاء ماله عن السفينة أو[٥] الدابة إذا خشي تلفه ولا [يكون] [٦] استمراره على استعمالها رضا بالعيب لأن في ترك استعمالهما بإبقاء المال عليهما إضاعة مال وقد نهى عنه وقد ضعفه الفقيه ح [٧].

وقوله: "غالباً" احترازٌ من أن يخشى تلف نفسه إن نزل عن السفينة أو الدابة فإن بقاه عليهما لا يكون رضا بل يكون له الفسخ مع استمراره على ركوبهما ويلزمه [٨/] للمالك أجرة ما أستعمله منهما معيبة لا صحيحة فإن كان العيب حادثاً فمن وقت حدوثه وأما لما قبل حدوثه فحصته من الأجرة المسماة، وإن كان العيب متقدماً على العقد لم يلزمه إلا أجرتها معيبة من الابتداء .

قوله عليلم:" **وَمِنْهُ نحو نُقْصَانُ مَاءِ الْأَرْضِ المؤثر في الزَّرْعِ** " أي ومن العيب التي تفسخ الإجارة لأجله أن يستأجر أرضاً للزراعة مدة معلومة فيتناقص ماؤها بقدر ما زرعها حتى أثر نقصانه في نقصان الزرع [ولم يبطل الزرع] [٩] بالكلية فإن نقصان الماء يكون

---

1 - في(ب) "لا" .
2 - الجامع في الشرح (خ) .
3 - سقط من(ب) .
4 - سقط من(أ) .
5 - في(أ) "و" .
6 - الزيادة من(أ) .
7 - شرح الأزهار - (٣ / ٢٦٩) .
8 - نهاية ورقة ٣٠٠ من (ب).
9 - سقط من (ب) .

عيباً، فإن اختار الفسخ قلع زرعه ولزمته أجرة ما مضى من المدة فإن لم يقلعه كان تركه رضا بالعيب ولزمته الأجرة المسماة كاملة ويأتي في ذلك خلاف القاضي يوسف.

قال في الشرح: وإن حصل بذلك بطلان بعض الزرع صور:ض الأرض بطلت الإجارة فيما تعذر الانتفاع به كما تقدم ونحو ذلك، وأراد بالنحو ما كان يلحق به المنفعة التي استؤجرت العين لأجلها نقصان كذهاب بعض تراب الأرض المستأجرة للزرع وتخريق الفار للأرض المستأجرة ونحو ذلك.

وحذف [المؤلف] [١] قوله في الأزهار" لَا الْمُبْطِلُ لَهُ أَوْ لِبَعْضِهِ فَتَسْقُطُ كُلُّهَا أَوْ بِحِصَّتِه"[٢] لأنه إذا بطل كله أو بعضه فقد بطل الانتفاع وقد فهم ذلك من السياق إذ قد تقدم أنه إذا تعذر الانتفاع قبل القبض بطلت وبعده يصلح المالك، وإلا سقطت الأجرة أو الحصة وأيضاً قد يفهم بطلان البعض من قوله "ومنه [نحو] [٣] نقصان ماء الأرض، وحصل بذلك زيادة وهو ثبوت الخيار حيث بطل البعض إذ عبارة الأزهار لا تفيد ذلك بل توهم عدم الخيار وقد ذكر ثبوت الخيار في الزهور وغيره انتهى [٤].

قال في الغيث: وعلى الجملة ففي المسألة أربع صور:

الأولى: أن يتناقص الماء فيستمر على الزراعة أو يبتدئها وهو يجري على جميع الأرض فنقصانه عيب واستمراره رضا فيجب عليه جميع الأجرة .

الثانية: أن ينقطع جميعه في بعض المدة فإن الأجرة تجب إلى وقت الانقطاع ولا تجب لما بعده.

قيل ح: إلا أن يترك الزرع يابساً ولا يقلعه كان كما لو ألقى أحمالاً في أرض الغير.

الثالثة : أن يجري إلى بعض الأرض وينقطع عن باقيها فإنها تجب الأجرة للذي جرى عليه [٥/] لا للباقي كما لو خُرب منزلٌ في الدار سقطت أجرته وله الخيار في الفسخ .

الرابعة: أن يجري الماء إلى جميع الأرض وفيه تناقص فسقى به بعض الأرض وقصره عليه.

---

1 - الزيادة من(ب) .
2 - الأزهار - (١ / ١١٦).
3 - الزيادة من(ب) .
4 - الجامع في الشرح (خ) .
5 - نهاية ورقة ٢٨٧ من (أ).

قيل ل: إن كان ذلك برضا المؤجر لم يكن رضا بالعيب ويلزمه القسط من الأجرة وإن لم يكن برضا منه فقصره رضا بالعيب فتجب عليه جميع الأجرة.

تنبيـــــهٌ: لو لم يسلم المستأجر الأرض التي انقطع ماؤها والدار التي انهدمت بل أبقاها في يده هل تلزمه الأجرة ؟

قيل: تلزمه عند الهادي لا عند المؤيد، إلا أن يطالب بالتسليم ويكون هذا كما إذا نقصت مدة الإجارة ولم يسلمه، وتحتمل أنه لا يجب هنا عند الجميع لأنه ذا كان يرجو عود الماء كان له الإمساك والله أعلم.

تنبيـــــهٌ: اعلم أنه لا فرق بين ماء السماء وغيره في أن انقطاعه يبطل الأجرة، ونقصانه الذي ينقص الزرع عيب حسب ما مر، ولا يقال أن صاحب الأرض لا يقدر عليه فإن المستأجر حين استأجر كان عالماً بذلك الحال فكأنه[1] راض به لأنا نقول أن المؤاجرة على هذا الوجه يكون مصادرة لأن الأجرة إنما تستحق[الإجارة في الفاسدة] [2] بالانتفاع، وفي الصحيحة بالتمكن من الانتفاع فإذا لم يكن شيء من ذلك فإيجاب الأجرة ظلمٌ وعدوان .

قيل ل: فإن يبس الزرع لآفة دون الأرض لم يكن ذلك عذر[3] في فسخ الإجارة ووجبت جميع الأجرة إلا أن يعرف أنه إذا زرع مرة أخرى لم يتم الزرع في باقي المدة كان ذلك عذراً في الفسخ انتهى [4].

قوله عليلم:" **وَإِذَا انْقَضَتْ الْمُدَّةُ وَلَمَّا يَحْصُدْ الزَّرْعَ أو نحو ذلك بِلَا تَفْرِيطٍ بَقِيَ بِالْأُجْرَةِ** " "فإذا استأجر شخصٌ أرضاً [مدة] [5] معلومة ليزرعها أو يغرس فيها فانقضت تلك المدة ولما يحصد الزرع أو[6] نحو ذلك وهو أن لا يطيب الثمن وكذا حيث استأجر سفينة مدة معلومة ليعبر عليها في البحر، فانقضت مدة الإجارة قبل أن ينتهي إلى الساحل الذي قصده، وكان ذلك جميعه من دون تفريط منه ولا تراخٍ في الزراعة والغرس ولا في سير السفينة فإن الواجب في جميع ذلك أن يبقى الزرع والثمر وما في السفينة حتى يحصد الزرع وتطيب الثمرة وتنتهي السفينة إلى البر بأجرة المثل لما بعد انقضاء مدة الإجارة، وأما حيث وقع من المستأجر تقصير نحو أن يستأجر الأرض مدة لا يمكن في مثلها تمام ما أستأجرها له من الزرع أو الغرس ولا ينقطع في مثلها المسافة التي أستأجر السفينة لقطعها أو كان يمكن

1 - في(ب)"وكأنه".
2 - في(ب)" في الأجارة الفاسدة " بدل مابين المعقوفتين .
3 - في(ب)" عذراً " .
4 - الغيث المدرار ج٣(خ) .
5 - سقط من(أ) .
6 - في(ب)" و " .

ذلك في مثل مدة الإجارة لكنه تراخى حتى مضى بعض المدة قبل أن يزرع أو يغرس أو يسير فإن المالك في الزرع و[١] الغرس [يكون] [٢] مخيراً بين أن يترك الزرع حتى يحصد والشجر حتى يطيب ثمره والسفينة حتى تنتهي إلى الساحل بما رضي من الأجرة في جميع ذلك إن شاء المستأجر بعقد جديد وبين أن يأمره بقلع الزرع والشجر، وأما السفينة فما كان فيها مما هو محترم الدم ومال المستأجر المجحف به ومال غيره مطلقاً فالواجب أن يبقى جميع ذلك بأجرة المثل وأما[٣] مال المستأجر الذي ليس بمجحف ولا محترم فيخير فيه مالك السفينة كما تقدم .

فائـــــدةٌ: قال في الغيث: واختلف أصحابنا هل يجب أرش ما نقص بالقلع إذا قلع بعد الانقضاء قال القاضي زيد: لا يجب وشبهه بالعارية بعد انقضاء مدتها وهو الصحيح من المذهب.

وقال أبو طالب: هو كالعارية المطلقة فإذا قلعها المكتري[٤] استحق الأرش انتهى[٥].

مسألة: وما ثبت في الأرض المؤجرة من زرع أو شجر مما ينبته الناس وكذا مما لا ينبتونه على قول المؤيد فهو لمالك الأرض إن ادعاه وكان بذره يتسامح به وإلا فهو لمالك البذر على المؤجر أن يقلعه ليتمكن المستأجر من الانتفاع فإن ادعى المستأجر أنه أنبته[٦] وهو يمكن حدوثه في مدة الإجارة، فالقول له في ذلك مع يمينه إن كانت مدة الإجارة باقية لأن اليد له وبعد المدة عليه البينة إذ لا حكم ليده حينئذ وإن كان الزرع أو الشجر مما يعلم أنه نبت قبل الإجارة [٧/] فهو لمالك الأرض ولا يسمع دعوى المستأجر فيه والوجه ظاهر .

---

1 - في(ب)" أو " .
2 - الزيادة من(ب) .
3 - في(ب)" فأما".
4 - في(ب)" المشتري ".
5 -الغيث المدرار ج٣(خ) .
6 - في(أ)" نبته " .
7 - نهاية ورقة ٣٠١ من (ب).

"فَصْــــــلٌ"

[أحكام إجارة الحيوان]

"ومن أجر حاملا لمحمول معينين أوالثاني ضمن وله إبْدَالُ حَامله وعليه إن تعذر ولو دونه غالباً والسَّيْرُ مَعَهُ ولا يحمل غيره وإذا امتنع المستأجر وَلَا حَاكِمَ فَلَا أُجْرَةَ" هذا الفصل في أحكام إجارة[1] الحيوان فمنها أنه من أجر حاملاً أي بعيراً أو نحوه معيباً لمحمول معين إلى جهة معينة، وصورة ذلك أن يقول المكتري [للمكري] [2] استأجرتك بكذا على أن تحمل [لي] [3] هذا الحمل على هذا البعير إلى موضع كذا، و تعين الثاني فقط وهو المحمول دون الحامل، وصورة ذلك أن يقول استأجرتك على أن تحمل لي هذا الحمل بكذا إلى موضع كذا، ولا يذكر الحامل ففي كلتا[4] الصورتين يثبت لهذه الإجارة الأحكام المذكورة على ما ذكره في الغيث،[حيث] [5] قال:" واعلم أنه إذا عين المحمول فلا فرق في ثبوت هذه الأحكام بين أن يعين الحامل أيضا، أولا على ما ذكره ط لمذهب الهادي عليلم، وهو قول أبي حنيفة أعني إن تعيين الحامل يلغو مع تعيين المحمول لأن العادة مع تعيينه قاضية بأن المقصود الحمل لا الحامل [وإنما يذكر على سبيل البيع.

قال المؤيد:" إذا كان المكتري لا غرض له في تعيينه فأما لو كان له غرض تعينا جميعاً الحمل والحامل] [6].

قيل ل ي: وتبطل الإجارة بتلف الحامل يعني ولا يبدل.

قيل ي: وكذا بتلف المحمول، وعن الشافعي الإجارة تعينت فيهما وإذا تلف الحمل

لم يلزم إبدال[7] [حامله] [8] واحتج أبو العباس على أن ذكر الحامل يلغو بكونه لا يستحق الأجرة بتخليته فأما إذا عين المحمول وحده فلا خلاف بينهم في ثبوت هذه الأحكام انتهى[9].

---

1 - في(ب)" الاجارة" .
2 - سقط من(ب) .
3 - الزيادة من(أ) .
4 - في(ب)" كلتا " .
5 - الزيادة من(أ) .
6 - سقط من(أ) .
7 - في(ب)" ابداله " .
8 - الزيادة من(أ) .
9 -الغيث المدرار ج٣(خ) .

فأول الأحكام المذكورة أن المكري يكون ضامناً للمحمول إذا تلف حيث عين وحده اتفاقاً أو عين الحامل والمحمول على المختار، وحذف قوله في الأزهار " إِلَّا مِنْ الْغَالِبِ "[١] اكتفاء بما سيأتي ذكره إن شاء الله تعالى.

الحكم الثاني: أنه يجوز للمكري إبدال الحامل ولو لغير عذر وهذا مزيد من المؤلف عليلم.

الحكم الثالث: أنه يلزم المكري إبدال الحامل[٢/] حيث تعذر الحامل الأول بتلف أو غيره ولو كان البدل دون المبدل منه إذا لم يحصل بذلك تفويت عوض على المكتري كما سيأتي وكذا يلزم وكيل المكري بالإكراه لأن الحقوق تتعلق به.

قيل [ح] [٣] ي: فظاهر إطلاقهم أن يلزم الوكيل أن يكتري من مال الموكل ولو بأكثر من كراء المثل، يعني حيث لم يمكن إلا بذلك قال: فينظر فيه.

قيل ل: ولو كان الموكل معسراً لزم الوكيل، وله أن يرجع به على الموكل [٤].

وقوله: "غالباً" احترز من صور أحدها أن يكون اليد لغير المؤجر فإن المحمول لا يكون مضموناً عليه.

الثانية: حيث وقع التلف بأمر غالب فإنه لا يضمن ولهذا حذف المؤلف عليلم قوله في الأزهار" إِلَّا مِنْ الْغَالِبِ"[٥]، وهاتان الصورتان مستثنيتان من مضمون قوله ضمن .

الصورة الثالثة: أن يحصل بإبدال الحامل مخالفة للصفة التي كان يحمل عليها التالف، ويحصل بذلك تفويت عوض على المستأجر نحو أن يكون الأول يحمله دفعة واحدة فإبداله بما لا يحمله إلا دفعتين أو أكثر فإنه لا يلزم المستأجر قبوله لأن في ذلك تفويت غرض عليه ذكره الفقيه ح .

قال في الشرح: وهذا حيث تعين الحامل مع المحمول فأما[٦] لو تعينت الأحمال فقط فله الإبدال، ولو فات غرض من الحمل الأول ذكره في بعض تعاليق التذكرة، وهو مروي عن الفقيه ف انتهى [٧].

---

1 - الأزهار - (١ / ١١٧).
2 - نهاية ورقة ٢٨٨ من (أ).
3 - الزيادة من(أ) .
4 - شرح النجري (خ) .
5 - الأزهار - (١ / ١١٧).
6 - في(ب)"وأما".
7 -الجامع في الشرح (خ).

ولا يستغنى عن نظر وهذه الصورة مستثناة من مضمون قوله وله إبدال حامله ولو دونه.

الحكم الرابع: أنه يلزم المكري السير مع بعيره ونحوه لأن العرف جار بذلك، ولأن المحمول في ضمانه فليس له أن يستتيب.

الحكم الخامس: أن المكتري لا يكون له أن يحمل على الحامل غير الحمل الذي عينه إذ العقد وقع عليه بخصوصيه .

الحكم السادس: أن المكتري إذا امتنع أن يحمل ما عين في العقد ولا حاكم في الجهة يجبره على ذلك لم تستحق عليه المكري أجرة لأن الإجارة عقدت على عمل، وهو التحميل ولم يحصل فإن قيل أليس قد مكنه من التحميل، وخلى له الحامل فهلا استحق الأجرة، فالجواب أن الأجرة إنما تستحق في الأعمال بتسليم العمل بخلاف الأعيان فإن الأجرة تستحق فيها باستيفاء المنافع أو التخلية الصحيحة .

فقوله عليلم :" **وَالْعَكْسُ إنْ عَيَّنَ الْحَامِلَ وَحْدَهُ غالباً** "فإذا عين الحامل وحده [في عقد الإجارة] [1] كان أحكام هذه الإجارة عكس الأحكام المتقدمة فلا يضمن المكري ما تلف من الحمل، ولا يكون له ولا عليه إبدال الحامل لأنه متعين وللمكتري أن يحمل غير الحمل الذي ذكره إذا كان مثله أو دونه ولا يلزم المكري السير معه إلا لعرف أو شرط، وإذا امتنع المكتري من التحميل وخلا[2] له المكري الحامل تخلية صحيحة استحق عليه الأجرة، وإن لم يحمل، وصورة هذه الإجازة أن يقول المكتري استأجرت منك هذا البعير مثلاً على أن تحمل لي عليه مائة رطل حديدا من موضع كذا إلى موضع كذا بكذا، فإنه قد عين الحامل بالإشارة ولم يعين المحمول وإنما سماه.

وقوله "غالباً "احتراز من أن يشرط المستأجر على المؤجر السير مع الحامل أو تحري عادته بالسير مع دوابه فإنه يلزمه السير لذلك ويتبع وجوب السير، وجوب ضمان الحمل إذا تلف حنث اليد له عليه فلو[3] كانت اليد لهما احتمل أن يجب عليه نصف الضمان ذكره النجري، ويحترز أيضاً من أن يحمل المكتري فوق ما سمي قدراً وصفة فإنه [لا] [4] يكون له ذلك .

1 - سقط من(ب) .
2 - في(ب)"خلى له" .
3 - سقط من(ب) .
4 - سقط من(ب) .

قال في الغيث: واعلم أنه إذا عين الحامل وحده[١] فلا بد أن يكون موجوداً في ملك المكري لأن المؤجر كالبائع فأما[٢] المكتري فلا يلزم أن يكون الحمل في ملكه إذا لم يعينه، وأما إذا عين المحمول فقط فلا بد أن يكون موجوداً في ملك المكتري، وإلا لم تصح الإجارة لأن العمل لا يمكن تسليمه عقيب العقد، وكذا سائر ما يصنع إذا عين لا بد أن يكون في ملك المستأجر، هكذا ذكره الفقيه ع [٣].

قال في الكافي: إلا أنه يكون موقوفاً على أن يجد المكري دواباً يشتريها [أو يكتريها] [٤] فإن[/٥] وجدها تمت الإجارة [وإن لم] [٦] انفسخت لأنه لا يجب عليه حمله على ظهره إجماعا يعني حيث لا يعتاد الحمل على الظهر، ومن قال إن [العقد] [٧] الموقوف لا يصح لم تصح هذه الإجارة يعني حيث عين المحمول وحده [٨].

قال: وأما إذا تعينت الإجارة في الحامل والمحمول جميعاً فلا بد أن يكون المحمول في ملك المكري[٩] وإن كان الحامل في غير ملك المكري وهو موقوف على وجود الحامل كما تقدم فجعل تعيين الحامل مع تعيين المحمول لغوا [١٠].

قال في مهذب ش: وتعيين الحامل بالمشاهدة أو الوصف وكذا المحمول إلا في الراكب فلا يكفي هذا معنى كلامه [١١].

فائـــــدة: اعلم أنه يجب على المكري إشالة الحمل وحطه وعليه أن ينزل الراكب للطهارة وصلاة الفرض لا النفل ولا للأكل ويترك الحمل للضعيف ليتمكن من الركوب.

قال في البحر:" وَرَاكِبُ السَّرْجِ يُرْسِلُ رِجْلَيْهِ إذْ لَفُّهُمَا يُتْعِبُ الدَّابَّةَ بِخِلَافِ الْمَحْمَلِ وَالْعَمَّارِيَّةِ فَقَاعِدٌ غَيْرُ مُسْتَلْقٍ إلَّا لِشَرْطٍ "[١٢].

قلت: أو عرف، قال: والنزول في الوعر حسب العرف، وأما أجرة الدليل فإن تعينت الإجارة في المحمول فعلى المكتري وإلا فعلى المكري،

---

1 - في(ب)"فقط " .
2 - في(ب)"وأما ".
3 -الغيث المدرار ج٣(خ) .
4 - الزيادة من(ب) .
5 - نهاية ورقة ٣٠٢ من (ب).
6 - في(ب)"وإن لا " بدل مابين المعقوفتين.
7 - الزيادة من(أ) .
8 - الكافي (خ).
9 - في(ب)"المكتري ".
10 -المرجع السابق.
11 - المهذب (ج١/ص٤٠٠).
12 - البحر الزخار (٩ / ٣٢١).

ذكر معناه في مهذب الشافعي [1].

قال في الانتصار:"يجب على المكري الحبال التي تشد بها [2].

فائـــــدةٌ: من مهذب ش: إذا أستأجر بعيراً إلى بلد معين ليحمل عليه مائة مد زاداً ففي إبداله لما يأكله[3] قولان:

قال أبو اسحق[4]: هذا إذا لم تختلف القيمة في البُلدان فإن اختلفت فله إبداله قولاً واحداً وكذا له إبدال الماء قولاً واحداً [5].

فائـــــدةٌ: قال في مهذب ش أيضاً لا بد من بيان جنس المحمول والظروف إذا أدخلت في الوزن صح ذلك وإن[6] لم تدخل وهي لا تختلف صح أيضا وإلا فسدت الإجارة.

[و] [7]قال: "ويعرف قدر المحمول بالكيل أو الوزن أو المشاهدة ولو لم يعرف كيله ولا وزنه انتهى [8].

قوله عليلم:" **ويَضْمَنُ الكل بكل مخالفة وزائد الأجرة غالباً** " فإذا خالف المستأجر ما وقع عليه العقد بأن زاد في قدر الحمل، أو في المسافة ما يؤثر مثله في البهيمة فتلفت ضمنها كلها لا حصة الزيادة على الأصح.

واختلف في تقدير المؤثر وتقدير الضمان أما تقدير المؤثر فقيل هو ماله وحده كراء، وقيل لا يحمل مع الحمل المسمى إلا بزيادة في الأجرة .

وقيل: هو الذي تحس به البهيمة مع الحمل [إلا] [9] الذي يوقرها.

وقال أبو جعفر والفقيه ح: غير المؤثر ما جرت العادة بالتسامح به كالزمزمية والْفَرْوَة وهو كالقول الثاني [10].

وقيل:

---

1 - المهذب(ج١/ص٤٠١).

2 -الانتصار على علماء الأمصار ج٦ (خ) .

3 - في(ب)"أكل " .

4 - هكذا كتبت في المخطوط وفي الخط المعتاد "إسحاق" وهو أبو إسحاق الشيرازي وقد سبقت ترجمته.

5 - المهذب (ج١/ص٤٠٢).

6 - في(ب)"فإن ".

7 - الزيادة من(ب) .

8 - المهذب (ج١/ص٣٩٧) بمعناه. .

9 - الزيادة من(ب).

10 - شرح الأزهار - (٣ / ٢٧٤).

لابد أن[/1] تكون الزيادة مؤثرة بالإجماع، وأما تقدير الضمان فعندنا أنه يضمن كل البهيمة، وهو قول أبي يوسف ومحمد والصحيح من قولي ش [٢].

وقال أبو حنيفة: يضمن من قيمتها قسط الزيادة فقط لأنها المتعدي فيها [٣].

حجتنا أنا نعلق الضمان بالمتعدي كما يعلق الضمان بالحافر في الطريق إذا تردى فيها مترد من غير أن يرديه أحد مع أن الهلاك حصل بالتردي والحفر جميعاً.

وأما حيث ركب رديف مع المستأجر فإن كان الرديف صغيراً أو مقيداً فهو كالآلة للمردف فالضمان[٤] على المردف فإن خوف فارتدف .

قيل ل: كان كمن حبس في دارٍ مغصوبة وسيأتي حكمه، وأما إذا كان الرديف هو الذي ركب بنفسه.

قيل ع: فإنه ينظر فإن أمكن المستأجر المنع أو النزول كانا في الضمان على سواء، وإن تعذر ذلك كان الضمان جميعه على الرديف قاله في مهذب الشافعية [٥].

وفي تخصيص الأجرة ثلاثة أوجه: على العدد، وعلى الوزن، مضمون.ث على الرديف نصفها ولو كان المستأجر اثنين فما عليها إلا النصف هذا في المخالفة في الحمل بالزيادة، وأما الزيادة في المسافة فلا خلاف أنه يلزمه الضمان بمجاورتها لأنه يصير كالغاصب، وأما تقدير الضمان فأبو حنيفة يوافقنا هنا أنه يضمن الجميع وفي مهذب ش قولان:

الأول: أنه يضمن نصف الضمان لأنه تلف من مضمون وغير مضمون.

والثاني: أنه يقسط[٦] الضمان على المسافة [٧].

قال أبو الفوارس: فإن رده[٨] إلى الموضع المشروط فتلف فيه فالصحيح أنّ الضمان لا يسقط عنه ذكر معناه المؤيد وأبو حنيفة وأصحابه وإنما الخلاف في العارية، وذكر في الكافي أنه يسقط الضمان لعوده إلى الموضع المشروط، وهذا في ضمان الحامل حيث تلف، وأما أجرة الزيادة في الحمل فلأص ش ثلاثة أقوال:

---

1 - نهاية ورقة ٣٨٩ من (أ).

2 - روضة الطالبين (ج٥/ص٢٣٤). وأسنى المطالب في شرح روض الطالب (ج٢/ص٤٢٨) .

3 - بدائع الصنائع (ج٦/ص٢١٦) .

4 - في(ب)"والضمان".

5 - المهذب (ج١/ص٤٠٢).

6 - في(ب)"يسقط".

7 - المهذب (ج١/ص٤٠٨).

8 - في(ب)"رد".

أجرة المثل وهو الأقرب على المذهب [١].

الثاني: المسمى والزائد للزيادة كما لو تميزت الزيادة ولعل هذا [حيث] [٢]تكون أجرة المثل أكثر من المسمى.

والثالث: يخير بين هذين [٣].

وأما أجرة الزيادة في المسافة فإن لم يتلف الحامل وجبت بلا خلاف بين السادة، وعند ح: لا يجب بناء على أصله أن المغصوب لا أجرة له، والواجب في الزيادة أجرة المثل عند السادة وهو قول ش ، وأما إن تلف الحامل فقال أبو طالب كذلك يجب كراء المثل للزائد لأن أجرة المغصوب واجبة [٤].

وقال أبو العباس: لا يجب لأنه إذا ضمن الرقبة دخلت المنفعة في ذلك فكأنه ملك الرقبة من عند أن جاوز المسافة مجاوزة تفضي إلى التلف [٥].

قال في الكافي: والواجب عندنا أجرة الذهاب والرجوع إذا رجع به، وعن أبي يوسف أجرة الذهاب فقط [٦].

وقوله "غالباً" احتراز من المخالفة إلى مثل الحمل أو المسافة قدراً وصفة فلا ضمان، ويحترز من مالك الدابة تلك الزيادة فإنه لا ضمان على المستأجر[ولو حملها المالك جاهلاً لها إذ تلفت بفعله ولا حكم لفاعل السبب مع المباشر لكن يأثم المستأجر] [٧] مع علمه فإن شورك المالك في التحميل لزم المشارك حصته من الضمان فيضمن المشارك نصفاً إن كان واحداً، وقال ح: بل ربعاً.

قال في النجري: فإن شاركهما غيرهما فعليه حصته ويرجع على من طلبه الإعانة لأنه غار له [٨].

---

1 - روضة الطالبين (ج٥/ص٢٣٣) .

2 - الزيادة من(أ).

3 - روضة الطالبين (ج٥/ص٢٣٣) .

4 - شرح الأزهار - (٣ / ٢٧٤) .

5 - شرح الأزهار - (٣ / ٢٧٥) .

6 - الكافي (خ) و البحر الرائق (ج٨/ص١٥).

7 - سقط من(ب).

8 -شرح النجري (خ) .

ويحترز [أيضاً] [١] من أن تكون الزيادة يسيرة [و] [٢] لا تؤثر فلا ضمان إجماعا، وقد تقدم الكلام[٣] في المؤثر من الحمل ويقاس عليه المؤثر من المسافة وكذلك حكم الزيادة على المدة المسماة وإلى هذا أشار المؤلف عليلم بقوله "ويضمن الكل بكل مخالفة" أي سواء كانت المخالفة في قدر المحمول أو صفته أو في قدر المسافة أو صفتها [أو في قدر المدة أما المخالفة في قدر المحمول، والمسافة فهي ظاهرة، وأما المخالفة في صفتها] [٤] فنحو أن يستأجر على حمل مائة رطل[٥/] تمراً فيحمل ما هو أصلب منه كالحديد أو أجفى منه كالعطب مع كون البعير فتياً غير بازل ونحو أن يسلك طريقاً أصعب من الطريق المسماة وما أشبه ذلك.

قوله عليلم: " **لا بِالْإِهْمَالِ لِخَشْيَةِ تَلَفِهِمَا** "فمن اكترى دابة فلما انتهى بها إلى موضع قفر فخشي التلف على نفسه وعليها إن وقف معها من لصوص أو غيرهم فإنه يجوز له الذهاب عنها ولا يضمنها إن تلف[٦].

قال في الغيث: وحاصل الكلام في هذه المسألة أنه أما أن يهملها لأجل الخوف أو لا إن لم يكن خائفاً فهو ضامن ولو أودع إلا أن يحتاج إلى الإيداع وإن كان خائفاً فلا يخلو إما [أن] [٧] يكون وقوفه ينجيها أولا إن لم [يكن] [٨] فلا ضمان اتفاقاً بين السيدين وإن كان ينحيها لكنه يخاف على نفسه فإن أودع لم يضمن وإن لم ضمن عند المؤيد لا عند أبي طالب، [و] [٩] قيل ح: وكلام المؤيد أقيس.

قلت: وهو الذي في الأزهار لأنه قال لخشية تلفهما فمفهومه أنه لو لم يخش تلفهما جميعاً ضمن انتهى [١٠].

قيل: ومفهوم ظاهر الأزهار أنه لا يضمنها حيث أهملها لخشية تلفهما ولو أمكنه إيداعها.

وقيل: بل يحمل [على أن ذلك] [١١]

---

1 - الزيادة من(أ).
2 - الزيادة من(ب).
3 - في(ب)" الخلاف".
4 - سقط من(ب).
5 - نهاية ورقة ٣٠٣ من (ب).
6 - في(ب)"تلفت".
7 - الزيادة من(أ).
8 - الزيادة من(أ).
9 - الزيادة من(أ).
10 -الغيث المدرار ج٣(خ) .
11 - الزيادة من(أ).

حيث لا يمكنه [الإيداع] [١] كما ذكره ابن مظفر في بيانه لأنه إذا أمكنه الإيداع فهو لا يخشى تلفهما والله أعلم[٢].

مسألة: وإذا سيب المكتري الدابة في موضع جرت العادة بتسييب الدواب فيه فإن كانت مما تعتاد الربط أو شرط عليه ربطها ولم يربطها فإنه يضمنها إذا تلفت، وإن لم يكن كذلك لم يضمنها إلا أن يكون مما يحتاج إلى الربط في تلك الحال إما لكونها محتاجة إلى العلف أو الماء أو كان لها ولد غايب عنها فإنه يضمنها إن كان عالماً بذلك لا أن جهله ذكره في البيان[٣].

قوله عليلم:" **وَمَنْ اكْتَرَى مِنْ مَوْضِعٍ لِيَحْمِلَ مِنْ آخَرَ إلَيْهِ فَامْتَنَعَ أَوْ فَسَخَ قَبْلَ الْأَوْبِ لَزِمَتْ فيما مُكِّنَ فِيهِ وَخَلَّى [له]** [٤] " مثال ذلك أن يكتري بعيراً من المدينة ليحمل عليه من مكة إلى المدينة فلما وصل إلى مكة بدا له في ذلك فامتنع من التحميل أو فسخ الإجارة قبل الأوب أي الرجوع إلى المدينة لعذر أو لغير عذر فإن الأجرة تلزمه فيما مكنه[٥] فيه المؤجر من الانتفاع بالبعير أما في مدة الذهاب والرجوع، أو في مدة الذهاب فقط بشرط أن يخلي له ظهر البعير أيضاً، فأما لو لم يمكنه من الانتفاع بالبعير أصلاً أو مكنه ولم يخلي له ظهره فإنه لا يستحق عليه شيئاً من الأجرة على الأصح الذي اختاره الإمام عليه[٦/] السلام في الأزهار وصححه المؤلف عليلم .

وقيل: بل يستحق قسط الذهاب، وهو مابين أجرته إذا استأجره[٧] من المدينة ليسيره[٨] فارغاً ثم يحمله من مكة وبين ما إذا استأجره من مكة ابتداء [٩].

قال في الغيث: والمسألة مبنية على أن الإجارة تعينت في الحامل دون المحمول **وحاصل الكلام** فيها[١٠] أنه إذا امتنع أحدهما قبل الأوب فأما أن يكون لعذر أم [لا] [١١] إن كان لعذر وجب من الأجرة قسطها وقد تقدم، وإن كان لغير عذر فإن امتنع الحمال أجبر إن أمكن إجباره فإن تعذر استحق من الأجرة إلى ذلك المكان، وإن امتنع المكتري نظر، فإن عارضه

---

1 - الزيادة من(أ).
2 -البيان لابن مظفر (ج٣/٥٨) .
3 -البيان لابن مظفر (ج٣/٦١) .
4 - سقط من(ب).
5 - في(ب)"مكن".
6 - نهاية ورقة ٢٩٠ من (أ).
7 - في(ب)"استأجر".
8 - في(ب)"لسيره ".
9 - شرح الأزهار - (٣ / ٢٧٦).
10 - في(ب)"في المسألة"
11 - سقط من(ب).

المكري تحمله فارغاً إلى الموضع الذي أكترى إليه أو مدة يمكن أن يصل إليه فيها استحق جميع الأجرة وإن لم يعارضه على هذه الصفة فالخلاف المتقدم هل تسقط الأجرة أو يستحق ما بين الأجرتين.

قيل: ولا يضر إذا عارضه وهو راكب على البعير بخلاف ما إذا حمل عليه متاعاً.

قال ابن أبي الفوارس: ومن شرط تخليه الحمل أن يكون ذلك مع حضور المكتري لا إذا فر.

قيل ي: والفرق بين هذا وبين تخلية الدار المستأجرة فإن الأجرة تجب فيها وإن غاب المستأجر أن ذلك أكثر ما يمكن فيها.

تنبيـــــهٌ: أما لو عين المحمول فأيهما امتنع وجب من الأجرة قسط ما سار فإن كان لغير عذر فإن أمكن إجبارهما وجب ليستوفي كل واحد ما ثبت له من الحق وهو الأجرة للحمال والحمل لصاحب الأحمال وإن تعذر الإجبار وجب من الأجرة قسط ما سار ولا فائدة في تخلية الحمل هنا انتهى [1].

قال في شرح الأثمار: ومبنية، يعني المسألة الأولى على أنها جرت العادة أن للمستأجر أن يحمل من المدينة إلى مكة لو أراد وإلا فلا معنى لاشتراط تخلية الحمل في الذهاب بل إن خلى المدة التي يمكن فيها الرجوع استحق [جميع] [2] الأجرة [وإن لم استحق ما بين الأجرتين في الذهاب كما ذكره الفقيه س، وسواء خلا في الذهاب أم لا، وقد ذكر معنى ذلك في الصعيتري فافهم] [3] وإنما عدل المؤلف[4] عليلم عن قوله في الأزهار " لِلذَّهَابِ "[5] إلى قوله "فيما مُكِّنَ" ليعم النوعين معاً، وهما أجرة الجميع وأجرة الذهاب [و] [6]لأن عبارته لا تفيد إلا أحد النوعين فقط وكذلك عدل عن عبارات أهل المذهب في اللمع والحفيظ والتذكرة في هذه المسألة لأنه [قد] [7] وقع فيها التصويب والتنظير والتأويل بخلاف عبارة الأثمار فلا غبار عليها بل مصرحة بالمقصود مع اختصار فافهم انتهى .

---

1 -الغيث المدرار ج٣(خ) .
2 - الزيادة من(ب).
3 - سقط من(أ).
4 - في(ب)"المصنف".
5 - الأزهار - (١ / ١١٧).
6 - الزيادة من (ب).
7 - الزيادة من(ب).

مسألة: وإذا ردت الدابة راكبها إلى موضع الابتداء فلا أجرة عليه إن كان لجموحها ولم يمكنه النزول أو[1] خشي عليها إن نزل إلا لسبق ركوبه أو لتخليته إياها فتلزم الأجرة ذكره المرتضى وكذا في السفينة لوردتها الريح ولو بعد بلوغ الغاية في الأصح .

مســـألة: قال المرتضى:" وَمَنْ اكْتَرَى من مكان يَشْتَمِلُ عَلَى مَوَاضِعَ كَإِلى خُرَاسَانَ فَسَدَتْ لِلْجَهَالَةِ وَالتَّشَاجُرِ [2].

وقال ش: بلْ تَصِحُّ وَيَتَعَيَّنُ أَوَّلَ قَرْيَةٍ مِنْهُ، وقال ح: بَلْ إلى مَوْضِعِ الْمُكْتَرِي.

قيل فأما إلى مدينة أو قرية فإلى منزل المكتري اتفاقاً للعرف [3].

مســـألة: ولَا يَصِحُّ الْإِكْتِرَاءُ لِلرُّكُوبِ إِلَّا مَعَ تَبْيِينِ جِنْسِ الْمَرْكُوبِ لِاخْتِلَافِهِ ، بِخِلَافِ الِاكْتِرَاءِ لِلْحَمْلِ ، إِذْ الْمَقْصُودُ التَّأْدِيَةُ فَقَطْ [4]، وإذا اكترى ليركب على الدابة مسرجة لم يكن له أن يركبها عرفاً وكذا العكس .

مسألة: وَمَنْ اسْتَأْجَرَ لِلْحَمْلِ ولَمْ يُعَيِّنْ الْحَامِلَ لَمْ تَنْفَسِخْ بِفِرَارِ الْمُؤَجِّرِ، ولِلْحَاكِمِ أَنْ يَسْتَأْجِرَ مِنْ مَالِه كَقَضَاءِ دَيْنِه، وَأَنْ يَقْرِضَهُ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ أَوْ غَيْرِه، وَيَرْجِعَ عَلَيْه لِلْوِلَايَةِ، فَإِنْ تَعَذَّرَ خُيِّرَ الْمُسْتَأْجِرُ بَيْنَ الْفَسْخِ لِلْعُذْرِ، وَبَيْنَ أَنْ يَنْتَظِرَ الظَّفَرَ بِه فَيَلْزَمُهُ.

فَإِنْ[5] عُيِّنَ الْحَامِلُ وَفَرَّ بِهِ لَمْ يَكُنْ لِلْحَاكِمِ اسْتِئْجَارُ غَيْرِهِ لِتَعَيُّنِهِ، لَكِنْ يُخَيَّرُ الْمُسْتَأْجِرُ بَيْنَ الْفَسْخِ لِاسْتِحْقَاقِهِ التَّعْجِيلَ، والتَّأْخِيرُ عَيْبٌ، وَبَيْنَ الِانْتِظَارِ.

وَإِذَا فَسَخَ رَجَعَ بِأمر الْحَاكِمِ عَلَى [مَالِهِ] [6] بِمَا قَدْ سَلَّمَ كَالدَّيْنِ .

فَإِنْ فَرَّ بِنَفْسِه فَقَطْ، فَلِلْحَاكِمِ أَنْ يَأْمُرَ بِإِنْفَاقِ بَهَائِمِه وَاسْتِئْجَارِ مَنْ يَسُوقُهَا وَيُرَحِّلُهَا وَيَحْفَظُهَا مِنْ مَالِ الْمَالِكِ، إِنْ كَانَ كَالدَّيْنِ فَإِنْ تَعَذَّرَ فَلِلْمُسْتَأْجِرِ الْفَسْخُ لِلْعُذْرِ[7]

مسألة : وَيَصِحُّ عَقْدُهَا مَعَ التَّخْيِيرِ فِي الْعَمَلِ كَإِلى جُدَّةَ أَوْ مَكَّةَ أَوْ عَرَفَةَ .

أو في الْأُجْرَةِ كَعَلَى عَشْرَةِ أَرْطَالٍ حَدِيدًا بِعَشَرَةٍ، أَوْ قُطْنًا بِخَمْسَةٍ ، إِذْ لَا جَهَالَةَ وَلَا تَشَاجُرَ على المختار للمذهب.

وقال ش وأبو يوسف ومحمد: بَلْ تَفْسُدُ

1 - في(ب)"إن".
2 - البحر الزخار - (٩ / ٣٢٨) .
3 - المرجع السابق والبيان لابن مظفر (ج٣/ ٥٣)
4 - البحر الزخار - (٩ / ٣٣١) .
5 - نهاية ورقة ٣٠٤ من (ب).
6 - الزيادة من(ب).
7 - البحر الزخار - (٩ / ٣٣٢).

قلنا: لا وجه له .

مسألة: وَمَنْ اسْتَأْجَرَ بَهِيمَةً لِلْحَرْثِ اشْتَرَطَ مُشَاهَدَةَ الْأَرْضِ، لِاخْتِلَافِهَا فِي الصَّلَابَةِ وَلَا تَنْضَبِطُ بِالْوَصْفِ.

وَيَصِحُّ الِاسْتِئْجَارُ لِلْحَرْثِ وَإِنْ لَمْ يُعَيِّنْ مَا يَحْرُثُ بِهِ، كَالْحَمْلِ وَإِنْ لَمْ يُعَيِّنْ الْحَامِلَ، إذْ صَارَ الْعَمَلُ مَعْلُومًا لِلْأَجِيرِ[١].

مسألة: وَيَصِحُّ اسْتِئْجَارُ الْجَوَارِحِ لِلصَّيْدِ، إذْ مَنَافِعها مُبَاحَةٌ، وَيُبَيِّنُ جِنْسَ الصَّيْدِ حَيْثُ الْجَارِحُ كَلْبٌ، لِاخْتِلَافِهِ فِي الصُّعُوبَةِ.

وَتَصِحُّ إجَارَةُ الدَّجَاجَةِ لِحَضْنِ الْبَيْضِ مَعَ تَعْيِينِهَا وَالْمُدَّةِ وَقَدْرِ الْبَيْضِ ولا يصح استئجارها لأخذ بيضها كما لا يصح استئجار الشجر للثمر، ذكر ما يتضمن هذه المسائل في البحر[٢].

ومن أعطى دابته إنسانا ليحطب عليها، ويكون الحطب بينهما نصفين فهذه إجارة فاسدة لجهالة الأجرة.

قيل ل: ويكون الحاطب أجيراً مشتركاً، وقيل ف : بل يكون مستأجراً وكذا فيمن [دفع بقرته إلى غيره يعلفها بلبنها فقيل س: أن العالف أجير مشترك، وقيل: بل يكون مستأجر للبقرة، والأقرب في الكل أنه إذا][٣] وقع بينهما عقد إجارة اعتبر بالمستأجر منهما وإن لم يقع [عقد] [٤] اعتبر بالمطالب[٥] منهما فيكون هو المستأجر فحيث يكون الطالب لذلك هو الحاطب طلب الدابة ليحطب عليها فالحطب له وعليه أجرة الدابة [ولا يضمنها إن تلفت بغير تفريطه وحيث الطالب هو صاحب الدابة أمر من يحتطب له عليها بنصف الحطب فالحطب يكون لهما معاً على[٦/] قول المؤيد وللحاطب أجرة مثله على نصف الحطب وعليه أجرة الدابة] [٧] على حمل نصف الحطب وإذا تلفت ضمنها لأنه أجير مشترك وأما على قول أبي طالب وأبي العباس فالحطب للحاطب وعليه أجرة الدابة ولا يضمنها إن تلفت ذكر ذلك في البيان والله أعلم[٨].

---

1 - المرجع السابق.
2 -البحر الزخار (٩ / ٣٣٠) .
3 - سقط من(ب).
4 - الزيادة من(ب).
5 - في(ب)"الطالب".
6 - نهاية ورقة ٢٩١ من (أ).
7 - سقط من (ب).
8 -البيان لابن مظفر (ج٣/٥٦) .

بَابُ إجَارَةِ الآَدَمِيِّينَ

"فَصْــــــلٌ"

[حكم خاصية الأجير الخاص]

الْمُدَّة وَحْدَهَا خاصية[1] **الخاص، والعمل وحده خاصة المشترك** " هذا الفصل معقود لبيان [حكم] [2] خاصية الأجير الخاص، وخاصية الأجير المشترك، والفرق بينهما، فإذا ذكرت المدة وحدها من دون تعيين العمل نحو أن يقول استأجرتك هذا اليوم، أو يوماً، ولم يذكر عملاً، فإن الأجير هنا خاص .

قيل [نجري][3]: ولا بد مع عدم ذكر العمل أن يكون الأجير لا يصلح إلا لعمل واحد، أو يكون الغالب عليه صنعة معروفة، أو استوت المضرة، وإلا فسدت الإجارة حيث اختلفت المضرة.

قيل: وإذا فسدت انقلب مشتركاً [4].

وظاهر الأزهار والأثمار خلافه إلا أنه قد روي عن الإمام عليلم أنه يصير كالمشترك في الضمان والله أعلم [5].

وأما إذا ذكر العمل وحده من دون ذكر مدة، نحو أن يقول استأجرتك على أن تخيط لي هذا الثوب بدرهم، ولا يذكر مدة، فإن الأجير [هنا] [6] يكون مشتركاً اتفاقاً.

قوله عليلم:" **فإن ذُكِرَا معاً فيحبس العمل خاص مطلقاً والعمل صفة للمدة**" أي فإن ذكر العمل والمدة كلاهما في عقد الإجارة وذكر حبس العمل، نحو أن يقول استأجرتك هذا اليوم أو يوماً على أن تخيط لي فيه ثوباً، أو على أن تخيط لي فيه، أو على أن ترعى لي فيه غنماً ويطلق أو نحو ذلك، مما يذكر[7] فيه المدة وحبس العمل لا عينه، فإن الأجير هنا [يكون] [8] خاصاً مطلقاً سواء تقدم ذكر المدة في العقد أم تأخر، وسواء أتى في العقد بلفظ على أو بلفظ في، أو لم يأت بأيهما و[9]

---

1 - في(ب)"خاصة"
2 -سقط من (أ).
3 - في(أ)"ع"
4 - النجري (خ) .
5 - شرح الأزهار - (٣ / ٢٧٩).
6 - الزيادة من(أ).
7 - في(ب)"ذكر"
8 - الزيادة من(أ).
9 - في(ب)"أو"

يكون العمل هاهنا[1] صفة للمدة، وفائدة ذكر العمل أنه لا يعمل غيره، ومع عدم ذكره يعمل ما جرى به العرف كما سيأتي.

قوله عليلم:" **وتعيينه مشترك مطلقاً والمدة صفة للعمل** "يعني وحيث أتى في العقد بذكر غير العمل يكون الأجير مشتركاً نحو أن يقول استأجرتك على أن تخيط لي هذا الثوب هذا اليوم، أو يوماً أو ترعى هذه الغنم هذا اليوم، أو يوماً أو نحو ذلك.

وقوله: " مطلقاً" معناه سواء كان ذلك في الأربعة أم في غيرها ذكر في العقد لفظة على، أو لفظة في، أم لم يذكر فيه أيهما وسواء تقدم ذكر العمل على ذكر المدة أم تأخر، وسواء عرفت المدة أم نكرت، وتكون المدة في ذلك صفة للعمل، وفائـــــدةٌ ذكرها أنه يطالبه بالعمل فيها، وصحة الإجارة مع الجمع في العقد بين ذكري المدة والعمل، أخذه القاضي زيد للهادي [عليلم] [٢] من قوله "فيمن استأجر حملاً إلى موضع كذا، وشرط عليه المؤجر أن يشتريه خمساً"، أنها تصح الإجارة مع ذلك فإن خالف ضمن الحمل وزائد الأجرة، وكذلك[٣] مسألة البريد كما سيأتي فصحح المسألة مع الجمع بين ذكر المدة والعمل .

قوله عليلم:" **ومنه نحو الأربعة غالباً** " أي ومن المشترك نحو الأربعة وهم المنادى والظئر، ووكيل الخصومة والراعي، وأراد بنحوهم من استؤجر على تعليم القرآن، أو تعليم صنعة أو على حفظ شيء كالحامي للزرع ونحوه، وكالمستأجر على البيع، أو الشراء، فإن هؤلاء كلهم حكمهم حكم الأجير المشترك .

وقوله: "غالباً " احتراز من الظئر وهي الحاضنة فإن لها من أحكام الخاص أنها لا تشرك[٤] في العمل واللبن، وأنها إذا تعينت فسخت.

قال في الشرح: وإنما عدل المؤلف عليلم عن عبارة الأزهار وغيره من كتب أهل المذهب إلى هذا التقسيم لمناسبته لقواعد المذهب وموافقته لما ذكره المتقدمون، إذ قد ذكر أبو مضر، وعلي خليل والقاضي زيد، والفقيه ح وأبو يوسف ومحمد، أن المراد بالتعريف للعمل وللمدة التعيين، سواء حصل بالتعريف النحوي أي بالألف واللام كهذه المدة أم بغيره، مما هو متعين ابتداءً وانتهاءً من غير إيهام كقوله يوماً فتعيين العمل كهذا الثوب، وهذه الحرية أو نحو ذلك وتعيين المدة كهذا اليوم أو يوماً لأن اليوم يكون من وقت عقد الإجارة، وتنكير العمل أن يذكر جنسه فقط كعلي الحراثة أو الخياطة أو الرعاية أو نحو ذلك، ولا

---

1 - في(ب)"هنا".
2 - الزيادة من(أ).
3 - في(ب)"كذا"
4 - في(ب)"لا تشترك"

يعين ما يخيط ولا ما يحرث ولا ما يرعى، وتنكير المدة أن يقول أي يوم شئت أو يوماً من الأيام أو أي شهر شئت أو نحو ذلك، ولا فرق عندهم بين أن يقدم ذكر المدة ويؤخر العمل أو العكس[/١] فلو قال استأجرتك هذا اليوم تخيط [لي] [٢] فيه هذا الثوب فمشترك، ويلغو تعيين المدة ويكون ذكرها صفة للعمل، فإذا عرفت ذلك علمت[٣] أن كلام المؤلف عليلم في الأثمار، هو المراد من كلام أهل المذهب، وشامل حاصر بجميع الأطراف خالص عن الانتشار والتردد والتناقض والاضطراب والاختلاف، وإنما وقع ذلك في عبارة المؤلفين السابقين رحمهم الله تعالى، ولذلك قال في الزهور والغيث وشرح النجري وغيرها، وأما إذا جمع بين الخاصيتين[٤][وهما العمل والمدة فهو محل [التردد][٥] والاضطراب والاختلاف، واعـــــلم أن من المؤلفين من لم يتمخض له المراد بالتعريف] [٦] والصفة، وما المؤثر في كون الأجير خاصاً أو مشتركاً، فمنهم من بنى على أن المراد بالتعريف تعريف أهل العربية، وهو ما كان بالألف واللام، وهو الفقيه س ومن وافقه، والصحيح ما اختاره المؤلف عليلم من أن المراد به التعيين، وهو قول أبي مضر ومن وافقه، ومنهم من بنى على أن الصفة ما ذكر فيه لفظ[٧] على، وما فيه لفظ في مطرف وهو ابن معرف، والفقيهان ح ع، وهو مروي عن ح، وفرعوا على هذا ما لم يعرف فيه وجه الفرق، بأن قالوا إن كانت المدة غير صفة وذلك حيث أتى بالمدة طرفا كأن يأتي بفي، فالإجارة فاسدة لأنه جمع بين خاصيتين[٨] لأمرين يتنافى في أحكامهما على اختلاف[٩] في ذلك وإن كانت صفة كأن يأتي بعلى صحت الإجارة [/١٠] وفاقاً .

قال المؤلف عليلم: وفي ذلك نظر لأن الظرف يلزم فيه اللفظ بفي أو تقديرها، والمصدر وما في معناه لا بد فيه من حرف الجر في مثل هذه العقود لفظاً أوتقديراً، ولا معنى للمغايرة بين تقدير في وعلى، واللفظ بهما بل لا فرق بين النطق بهما أو تقديرهما فافهم، ومنهم من قال المؤثر تقدم المدة وتأخرها فإن تقدمت فخاص وإلا فمشترك وهو صاحب الحفيظ،[١١]

---

1 - نهاية ورقة ٣٠٥ من (ب).
2 - الزيادة من(ب).
3 - في(ب)"عرفت".
4 - في(ب)"الخاصتين".
5 - سقط من(أ، ب).
6 - سقط من (أ).
7 - في(ب)"لفظة".
8 - في(ب)"خاصتين".
9 - في(ب)"خلاف".
10 - نهاية ورقة ٢٩٢ من (أ).
11 - الحفيظ (خ).

واختاره الفقيه س في تذكرته[1]، وجعل الوجه أن المدة خاصة الخاص فتقديمها قرينة اعتماده وإلغاء الآخر، وهذا الفرق غير فارق، ولذلك قال في الزهور بعد ذكر هذا ما لفظه وهو يقال ما الفرق ثم قال بعد كمال الكلام في المسألة فحصل من هذا الكلام دقة الفرق بين الخاص والمشترك فعرفت كون الكلام في ذلك مضطرباً ومتناقضاً وتقسيماً للشيء إلى نفسه، ولا تطرد فيه هذه القاعدة ولا يحصل بذلك ضبط للقواعد كما ترى إذ لو كان ضابطاً جامعاً [مانعاً] [2] مقنعاً لما [كان] [3] كذلك في الزهور وغيره بخلاف عبارته عليلم فواضحة[4] جلية[5] سمحة مطردة لاغبار عليها فافهم" انتهى [6].

قوله عليلم :" **ولا يفسد فيهما إلا ما اختل فيه شرط صحة** "أي لا يفسد في إجارة الخاص ولا في إجارة المشترك إلا ما اختل فيه شرط من شروط صحة الإجارة نحو أن يذكر العمل وحده منكراً كعلى أن تخيط لي ثوباً أو المدة كذلك كأجرت مني نفسك يوماً من الأيام أو نحو ذلك، وإنما زاد المؤلف عليلم هذه المسألة إشارة إلى مخالفة من قال أنه إذا ذكر المدة والعمل معاً في غير الأربعة فسدت الإجارة لأنه جمع بين الخاصيتين في ذلك، وذلك غير صحيح لما تقدم، ولأن ترك ذلك يوهم أن مجرد ذكر المدة والعمل كافٍ سواء حصل به تعيين أم لا، لأنه لم يشترط ذلك في أول الفصل، ذكر معنى ذلك في الشرح [7].

تنبيـــــهٌ: قد ذكر المؤلف عليلم في مسألة الجمع بين [ذكر] [8] المدة والعمل ما لم يسبق إلى مثله من التحقيق، وحاصله أن مجرد الجمع بين ذكرهما لا يقتضي فساد الإجارة ما لم يتضمن العقد اختلال شرط من شروط صحتها، لكن إن ذكر مع المدة جنس العمل فالأجير خاص، وإن عين معها العمل فالأجير مشترك، وسواء تقدم ذكر المدة أم تأخر سواء ذكرت في العقد لفظة على أو لفظه في أو لم يذكر أيهما كما تقدم، وهذا الذي اختاره عليلم أخذ من كل قول بطرف لأن في ذلك ثلاثة أقوال :

الأول: لأبي طالب وأبي حنيفة وأصحاب الشافعي أن ذكر المدة مع العمل مفسد للإجارة مطلقاً، لتأديته إلى الشجار نحو أن يفرغ الأجير من العمل المسمى في بعض النهار فيطالبه

---

1 - التذكرة الفاخرة (ص٤٠٨).
2 - سقط من (ب).
3 - سقط من (ب).
4 - في (ب)"فهي واضحة".
5 - في (ب)"جليلة ".
6 - الجامع في الشرح (خ).
7 - المرجع السابق.
8 - الزيادة من (أ).

المستأجر بعمل بقية النهار لذكره المدة في العقد ويقول الأجير قد عملت العمل المسمى في العقد[١].

القول الثاني: للمؤيد وح وأبي يوسف ومحمد ومن وافقهم أن العقد يصح ويلغو ذكر المدة إذ المقصود العمل، وذكر المدة لم يكسبه جهالة [٢].

القول الثالث: أن الاعتماد على المتقدم ذكره من المدة أو العمل إذ تقديمه[٣] دليل على أنه[٤] المقصود، فإن تقدم ذكر المدة على العمل فالأجير خاص، وإن تأخر عنهما[٥] فمشترك وهو الذي في التذكرة والحفيظ والأزهار ورجحه في البحر والله أعلم [٦].

فـــــرعٌ: وأما في الأربعة ونحوهم فيجب ذكر المدة والعمل كليهما إذ هما مقصودان فوجب تعيينهما اتفاقاً، وإلا لم تصح الإجارة ذكر معنى ذلك في البحر وغيره، والله أعلم [٧].

قوله عليلم:" **فللخاص الْأُجْرَة بِمُضِيِّهَا ممكناً**" هذا شروع في بيان أحكام كل من الخاص والمشترك فمن أحكام الخاص أن الأجير يستحق أجرته بمضي مدة الإجارة وإن لم يعمل شيئاً حيث مكن المستأجر من منافع نفسه فلم يمتنع من العمل له ولا عمل لغيره في مدة الإجارة، فإن عمل لغير المستأجر بغير إذنه سقط من أجرته بقدر المدة التي عمل فيها لغيره، واستحق على ذلك الغير أجرة المثل فيما عمل له وهي له لا للمستأجر الأول على الصحيح[٨].

قوله عليلم:" **ولا يؤجره المستأجر غالبا** "هذا باقي أحكام الخاص وهو أنه لا يصح أن يؤجره المستأجر ولو لمثل وبمثل لأن منافعه تحت يد نفسه، ولو كانت قد ملكت بالعقد فالتصرف فيها بمنزلة التصرف في المبيع قبل القبض وقبض المستأجر للأجير لا يكون قبضاً لمنافعه، لأن الحر في يد نفسه بخلاف سائر الأعيان المؤجرة وهذه من الزوائد.

وقوله: "غالباً" احتراز من العبد إذا استؤجر خاصاً فإنه يكون لمستأجره

---

1 -البحر الزخار(٩ / ٣٤٤). والبحر الرائق (ج٨/ص١٩). و بدائع الصنائع (ج٤/ص١٨٥). والمهذب (ج١/ص٣٩٦) وروضة الطالبين (ج٥/ص٢٤٨).

2 -التذكرة الفاخرة (٤٠٥) والحفيظ (خ) والأزهار (١ / ١١٨). و البحر الزخار(٩ / ٣٤٤). والبحر الرائق (ج٨/ص٣٠).

3 - في (ب)"تقدمه ".

4 - في (ب)"أن ".

5 - في (ب)"عنها ".

6 -البحر الزخار - (٩ / ٣٤٤) .

7 -المرجع السابق.

8 -شرح الأزهار - (٣ / ٢٧٧) .

[أن يؤجره] [١] كسائر الأعيان لأن اليد تثبت عليه فيكون قبضه قبضاً لمنافعه[/٢] .

قوله عليلم:" **كما لا يستحق الأجرة لو امتنع أو أكره أو أجر من غيره** " هذا تعليل لعدم صحة تأجير المستأجر لأجيره الخاص والمعنى كما أن المستأجر لا يستحق على أجيره الأجرة حيث امتنع من العمل له أو أكرهه مكره على ذلك، أو أجر نفسه من غيره فكذا لا يصح أن يؤجره من غيره لما ذكر من أن منافعه في يد نفسه لا في يد المستأجر فلم يكن له اخذ العوض عليها، وقد ذكر معنى ذلك النجري عبدالله في معياره [٣]، وقد حكى في الزهور عن المؤيد جواز تأجير الأجير الخاص، وليس ذلك بصريح في كلام المؤيد [٤].

قوله عليلم: " **ولَا يَضْمَنُ غالباً** "هذا ثالث الأحكام المذكورة وهو أن الأجير الخاص لا يضمن ما عمل فيه ونحوه وإن ضمنه، لأن الذي يستحقه من الأجرة ليس في مقابلة العمل احتراز من صورتين فإنه يضمن فيهما إحداهما[٥] أن يتلف الشيء في يده بتفريط منه أو جناية ولو خطأ، وقال زفر وحماد: لا يضمن الخطأ ولا وجه له [٦].

الثانية: أن يكون مستأجر على الحفظ لما يعمل فيه ونحوه فإنه يضمنه ضمان الأجير المشترك وسيأتي.

قال في الغيث[٧]: وفي ضمان الخاص والمشترك ثلاثة أقوال إطلاقان وتفصيل:

الأول: قول أبي[/٨] حنيفة وأحد قولي ش أنه لا ضمان عليهما [٩].

قال في المهذب: والوجه في ذلك أنه قبض العين لمنفعته ومنفعة المالك فأشبه المضارب[١٠].

القول الثاني للشافعي: أنهما يضمنان كلاهما لأن في مقابلة الاجارتين شيئاً مضموناً وهو الأجرة [١١].

---

1 - سقط من (أ).
2 - نهاية ورقة ٣٠٦ من (ب).
3 - معيار النجري (خ) .
4 -الزهور (خ).
5 - في (ب)" احدهما".
6 - البحر الزخار - (٩ / ٣٤٥)و بدائع الصنائع ج٤/ص٢١١و البحر الرائق ج٨/ص٣١ .
7 - في (أ)بعد كلمة الغيث كررت عبارة " ولا وجه له.الثانية: أن يكون مستأجر على الحفظ لما يعمل فيه ونحوه فإنه يضمنه ضمان الأجير المشترك وسيأتي. " فحذفتها .
8 - نهاية ورقة ٢٩٣ من (أ).
9 -البحر الرائق (ج٨/ص٣١).
10 - المهذب (ج١/ص٤٠٨).
11 -المرجع السابق.

القول الثالث: التفصيل وهو المذهب.

قال الأخوان: هو إجماع أهل البيت [عليهم السلام] [١]وهو قول أبي يوسف ومحمد أن الخاص لا يضمن لأن الأجرة غير مقابلة للعمل أما المشترك فيضمن لأن علياً عليلم ضمنه، وقال لا يصلح الناس إلا ذلك حكاه في أصول الأحكام والشفا ونسبه في التلخيص إلي البيهقي ومثله محكي عن [ابن] [٢] عمر [٣].

قوله عليلم: " **ويَفْسَخُ مَعِيبُهُ ولَا يُبَدِّلَ** " هذا رابع الأحكام المذكورة، وهو أن الأجير الخاص إذا ظهر فيه عيب مما يخل بما استؤجر لأجله كان للمستأجر أن يفسخه بذلك العيب، وليس له أن يطلب بدله من الأجر حيث كان الأجير مملوكاً، ولا يلزمه أيضاً قبول البدل لو أبدله المؤجر لأن الإجارة تعينت في شخصه فلا يصح إبداله، ولو تراضيا به إلا بعقد آخر، وإذا مرض الخاص فله وللمستأجر الفسخ ولا يسقط حصة مدة المرض من الأجرة إن لم يقع فسخاً إذ يستحق بمضي المدة كما مر.

قوله عليلم: " **وإذا استؤجر لنحو الخدمة أو بدون ذكر العمل صح وعمل الْمُعْتَادَ والْعُرْف** "هذا خامس الأحكام المذكورة، وهو أن الأجير إذا استؤجر للخدمة أو نحوها على الإطلاق من دون تعيين عمل فإن الإجارة تصح لكن لا بد من تعيين مدة الإجارة، وأراد بنحو الخدمة الرعاية للأنعام، وحماية الزرع والثمار والحضانة ونحوهن، وكذا لو استؤجر[٤] ولم يذكر له عمل أصلاً فإن الإجارة تصح، ثم إن كانت له حرفة مخصوصة استعمله[٥] المستأجر فيها، وإن كان له أكثر من حرفة لكنه لا يعتاد إلا واحدة منها فكذلك[٦] فإن[٧] كان يعتادها كلها على سواء، فإن استوت مضرتها استعمله في أيها شاء، وإن اختلفت مضرتها فسدت الإجارة إلا أن يبين له [أيها][٨]حال العقد، وإن كان لا حرفة له أصلاً صحت الإجارة واستعمله فيما يستعمل فيه مثله، أي في غير متعب ولَا دَنِيٍّ، ويتبع العرف في تقدير العمل، هل في جميع النهار أو بعضه ؟ ذكره ض زيد وهو قول لمالك[٩] [١٠].

---

1 - الزيادة من (أ).
2 - سقط من (ب).
3 - الغيث المدرار ج٣(خ) .
4 - في (ب)" استأجر".
5 - في (ب)" استعمل".
6 - في (ب)" وكذلك".
7 - في (ب)" وإن".
8 - الزيادة من (أ).
9 - في (ب)" مالك".
10 -الجامع في الشرح (خ) .

وقال أبو حنيفة وأصحابه: يستخدم العبد من السحر إلى العشاء الآخرة [١].

قيل ف: ولا خلاف في الحقيقة لكن كل شيء[٢] على عرف جهته [٣].

قوله عليلم:" **لَا بنحو النَّفَقَةِ** " أراد بنحو النفقة الكسوة وسائر المؤن فإنه لا يصح الاستئجار بها للجهالة في ذلك فلو قدرت قيمتها، ووقع العقد بالقيمة صحت الإجارة هذا قول الأكثر [٤].

وقال مالك والحسن بن صالح وابن شبرمة: يصح ذلك لظاهر الآية، ويلزم الوسط [٥].

وحذف قوله في الأزهار" وَالظِّئْرُ كالْخَاصِّ "[٦] اكتفاء بما تقدم [من قوله] [٧] "ومنه [نحو][٨] الأربعة غالباً" ولأنه قد وقع في كلام الأزهار اضطراب من جهة أنه بنى في هذا الموضع على أنها كالخاص، كما هو مذهب المنصور وأبي مضر والوافي والكرخي، ثم ينافي المشترك على ما سيأتي أنها من المشترك حيث إلا في الأربعة ومن جملتها الحاضنة كما ذكره الفقهــاء [ل ح ع] وحكاه الفقيه ح عن المؤيد [٩].

وروي عن الإمام المهدي عليلم أن الحاضنة كغيرها من الأربعة فإن قدمت المدة فخاص، وإلا فمشترك، والظاهر[١٠] أن الحاضنة لها من أحكام الخاص شيء، ومن أحكام المشترك شيء كما تقدم في تفسير غالباً، ولذلك عدل المؤلف عليلم عن عبارة الأزهار إذ[١١] لا يصح جعلها كالمشترك ولا كالخاص مطلقاً ذكر معنى ذلك في الشرح [١٢].

فائـــــدة: والظئر مهموز وهي التي ترضع غير ولدها، ومعنى الظئر العطف، يقال ظأرت الناقة إذا أعطفت على السقب وهو الصغير من أولاد الإبل [١٣].

---

1 - المبسوط للسرخسي ج١٦/ص٥٢ .
2 - في (ب)"بنى".
3 - الغيث المدرار ج٣(خ).
4 - المرجع السابق.
5 - المدونة الكبرى (ج١١/ص٤٧١). والغيث المدرار ج٣(خ).
6 - الأزهار - (١ / ١١٨) .
7 - الزيادة من (أ).
8 - الزيادة من (أ).
9 -الغيث المدرار ج٣(خ). و شرح الأزهار - (٣ / ٢٧٩) .
10 - في (ب) "فالظاهر ".
11 - في (ب) "و ".
12 - الجامع في الشرح (خ) .
13 - المعجم الوسيط (٢ / ٥٧٥). و الغيث المدرار ج٣(خ) بنحوه .

ومن أحكام الحاضنة[1] التي لها أنها لا تشرك[2] في العمل واللبن، بمعنى أنه ليس لها أن تؤجر نفسها من غير المستأجر الأول إلا بإذنه، ولا يحضن غير من استؤجرت له إلا بإذن الأول.

قيل ع: وهذا اتفاق إذا أضر ذلك بالصبي، فإن لم يضر به جاز لها إرضاع غيره اتفاقاً، وأنها إذا تعينت بمرض أو منفر أو حبل كان للمستأجر أن يفسخها بذلك، وكذا حيث سقت الصبي لبن السائمة لأن ذلك جناية، ويلزمها قيمة اللبن للصبي حيث هو من ماله، فإن كان من مالها ففي استحقاقها قيمته وجهان، فَإِنْ مَرِضَ بِسَقْيِهِ [3] فَعَلَيْهَا دَوَاؤُهُ حَتَّى يَصِحَّ فَإِنْ مَاتَ بِهِ فَكَالسُّمِّ حكى ذلك في البحر عن المنتخب [4].

ولها الفسخ أيضاً إذا مرضت، ويخالف الخاص بأنها تضمن ما ضمنت كما تقدم كالمشترك إذا ضمن الغالب فإنه يضمنه، وهذا على قول المنصور ومن معه، [و] [5] على رأي الفقهاء ل ح ع:أنها كالمشترك كما تقدم فتضمن[6] [/7] وإن لم تضمن إلا الغالب [8].

تنبيـــــهٌ: قال في الانتصار: لا بد في إجارة الظئر من ذكر المكان، هل في بيتها أو في بيت الصبي؟ لأن الأعراض تختلف في ذلك، وقد تقدم في باب الحضانة أن لها نقله إلى مقرها غالباً، وأن عليها الرضاع والقيام بما يصلحه من غسل ودهن لا الأعيان إلا ما خصه الإجماع، وإذا استأجرت غيرها على إرضاع الصبي أثمت إن كان بغير إذن [9].

قيل: ولها الأجرة وتصدق بالزائد على ما استأجرت به ويأتي على قول المنصور أنه يطيب لها الزائد إذا كانت الذي[10] استأجرتها مثلها [11].

تنبيـــــهٌ آخر: لا بد من إذن زوج الحاضنة في صحة إجارتها ذكره في الانتصار[قال: " فإن لم يكن له أن يطأها في[12] بيته، وأما في بيته فقال أبو حنيفة والوافي

---

1 - في (ب) "الخاص ".
2 - في (ب) "تشترك ".
3 - في (ب) " بسقيها".
4 -المنتخب (٢٨٤).
5 - الزيادة من (أ).
6 - في (ب) "فيتضمن ".
7 - نهاية ورقة ٣٠٧ من (ب).
8 - شرح الأزهار - (٣ / ٢٧٩) .
9 - الانتصار على علماء الأمصار ج٥(خ) .
10 - في (ب) " التي ".
11 -المرجع السابق.
12 - في (ب) "كررت مرتين فحذفت الأخرى ".

ليس لهم منعه [١].

قال في الانتصار:] [٢] إلا أنه لا يطأها إلا إذا نام الصبي، أو روى من اللبن. [٣]

وقال ك: لهم منع الزوج من الوطء [مطلقاً] [٤] إذا أذن بالإجارة لأنه يؤدي إلى الحبل فيضر بهذا الولد [٥].

قال في الانتصار: ولا بد أن يكون الصبي معلوماً بالمشاهدة فلا يصح إبداله حكى ذلك في الغيث بمعناه [٦].

فــــرعٌ: وَمَنْ تَزَوَّجَ الْحَاضِنَةَ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَنْعُهَا لِتَقَدُّمِ عقد الحضانة على الزواج[٧] وَكَذَا لَوْ اُسْتُؤْجِرَتْ ثُمَّ أَقَرَّتْ بِزَوْجِيَّةِ رَجُلٍ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ الْمَنْعُ ، إذْ هُوَ إقْرَارٌ عَلَى الْغَرِّ، ذكره في البحر [٨].

قوله عليلم:" **والمشترك لَهُ الْأُجْرَةَ بنحو تسليم العمل** " هذا شروع في بيان أحكام الأجير المشترك فمنها أن الأجير يستحق الأجرة بنحو تسليم العمل وأراد بالنحو ما لو عمل الأجير في العين وهي تحت يد المستأجر أو تلفها في يد الأجير قبل تسليمها إليه فإنه[/٩] يستحق الأجرة مع ذلك، وإنما زاد المؤلف عليلم لفظ "تسليم" مع أنه قد كان يكفيه أن يقول بالعمل كما هو أصل النسخ لئلا يخرج من ذلك ما لو بطل العمل تحت يد الأجير نحو أن تصلب الأرض في يده بعد عملها، فإنه لا يستحق أجرة مع أنه يصدق عليه أنه قد عمل .

قوله عليلم: " **ويَضْمَنُ غالباً مَا قَبَضَهُ ولو مع جهل أو فساد ومنه المناوبة** " اعلم أن لضمان الأجير المشترك ثلاثة شروط قد تضمنها عبارة المختصر.

الأول: أن يكون الأجير قد قبض ما استؤجر عليه بحيث يكون اليد له لا للمالك .

قيل: فلو استأجره ليخيط له شيئاً في بيته أو دكانه لم يضمن الأجير [١٠].

---

1 - الانتصار على علماء الأمصار ج٥(خ)و البحر الزخار (٩ / ٣٥١) .
2 - سقط من (أ) .
3 - المرجع السابق.
4 - الزيادة من (أ) .
5 - البحر الزخار - (٩ / ٣٥١) .
6 - الانتصار على علماء الأمصار ج٥(خ) والغيث المدرار ج٣(خ) .
7 - في (ب) " الزواجة".
8 - البحر الزخار - (٩ / ٣٥١) .
9 - نهاية ورقة ٢٩٤ من (أ).
10 - شرح الأزهار - (٣ / ٢٨٠) .

قال في الغيث: قلت وقياس المذهب أنه ما يضمن ما نقله إلى حجره أو أمسكه بيده ولو في دكان المستأجر لأن اليد له كما سيأتي في الدعاوى إن شاء الله تعالى [١].

الشرط الثاني: أن لا يتلف بأمر غالب كما سيأتي أو بسبب من المالك كما سيأتي أيضاً.

الشرط الثالث: أن لا يشترط البراءة ولا يجري بها عرف ظاهر فإن شرطها أو جرى بها العرف برئ.

وقال المنصور:" لا يبرأ ولو أبرأ لأنه أبرأ قبل وجوب الحق" [٢].

ورد بأنه قد وجد سبب الضمان وهو العقد.

وقوله: " غالباً " احتراز من صور سيأتي بيانها.

وقوله: "ولو مع جهل" معناه ولو وقع قبض الأجير للعين جاهلاً لقبضها نحو أن يسوق المستأجر بعض بهائمه إلى الراعي فيدخلها بين المواشي التي يرعاها من غير أن يعلم الراعي ذلك فإنه يضمنها إذا ساقها وإن لم يعلم بها.

قيل ح: والتخلية كالقبض وإن لم يعلم، وقيل ع : بل الأولى أن لا يكون كالقبض إلا مع العلم [٣].

قيل س: ولو كان له موضع معتاد يجتمع إليه المواشي فساق رجل بقرية إلى ذلك الموضع كان كالقبض [٤].

فأما لو أدخل رجل لم يستأجر بهيمته بين المواشي، فقيل ح: لا ضمان على الراعي إلا بالجناية قيل[ع] [٥] إلا أن يكون ثمة عرف أن هذا الأجير يعمل بالأجرة ولا يقتصر على ما استؤجر عليه بل يرعى كل ما جاء به إليه ضمن [٦].

قوله: "أو فساد" معناه ولو كان عقد الإجارة فاسدا فإن حكمها حكم الصحيحة في لزوم الضمان.

وقوله: "ومنه المناوبة" معناه أن الشريكين إذا تناوبا البهيمة المشتركة بينهما للرعي أوله وللبن ضمن من تلفت في نوبته نصيب شريكه، ووجه ذلك أن كل واحد منهما جعل حفظه

---

1 -الغيث المدرار ج٣(خ) .
2 - المهذب في فتاوى الإمام المنصور بالله. (١ / ٢٥٧) .
3 - شرح الأزهار - (٣ / ٢٨١) .
4 - المرجع السابق .
5 - الزيادة من (أ) .
6 - الغيث المدرار ج٣(خ) .

أجرة لحفظ الآخر في نوبته، فصار كل منهما كالأجير المشترك لا حيث تناوباها للبن فقط فلا يضمن إلا بجناية أو تفريط إذ كل منهما كالمستأجر لنصيب شريكه.

قال في الإفادة: وإذا تناوب أهل القرية للرعي ضمن كل في نوبته، ولو سلم أحدهم إلى ابنه يعني الصغير ضمن الأب [و] (١) قال في حواشيها:" الغالب وغيره، وأما إذا كان المالك هو المسلم إلى الابن فلا ضمان انتهى (٢).

واحترز المؤلف عليلم بقوله "غالباً" من الأمر الغالب فإن المشترك لا يضمنه إلا إذا ضمنه.

واختلف في تحقيقه، فقيل ما لا يمكن الاحتراز منه.

قيل ع: يعني حال حصوله، فأما من قبل فكل أحد يمكنه الاحتراز، وقد يقال هو ما لا يمكن دفعه مع المعاينة كالموت والحريق العام والسلطان الجائر واللصوص المتغلبين لا السرقة والنسيان والاباق وفريسة الذئب في الغفلة فيضمن (٣).

قال في الكافي: إذا سقط المتاع من فوق رأس الأجير أو انقطع حبل الرجل فانكسر المحمول ضمنه (٤).

وقال في الإفادة:" إذا ترددت دابة المكاري فهلك ما عليها ضمنه إن كانت له حيلة لو فعلها سلمت سواء ترك فعل الحيلة لجهله أم لتقصيره، فدل كلامهما على أن الغالب ما لا يمكن الاحتراز منه(٥)، وإذا عدى الذئب على الغنم والراعي في الصلاة وجب عليه قطع الصلاة إن كان في الوقت سعة، فإن كان قد تضيق فقال الأستاذ: لا يجب قطعها ويضمن، وقال أبو طالب: يجب لأن حفظها واجب عليه" انتهى (٦).

واحترز أيضا بقوله "غالباً" مما إذا كان تلف العين سبب من المستأجر كما إذا كانت في إناء مكسور أو شحن شحناً فاحشاً.

واحترز [أيضاً] (٧) من أن يشترط الأجير عدم الضمان، أو يجري العرف بعدمه كما تقدم فإنه لا يضمن.

---

1 - الزيادة من (ب) .
2 - الإفادة (خ).
3 - الغيث المدرار ج٣(خ) .
4 - الكافي (خ).
5 - في (ب) " عنه".
6 - الإفادة (خ).
7 - الزيادة من (أ) .

[واحترز مما إذا كانت المناوبة في البهيمة للبن فقط، فإنه لا يضمن] [١] من هلكت[٢] في نوبته كما مر.

قوله عليلم: " **وكذا نقصه ويُخَيَّرُ الْمَالِكُ في الكثير** "أي وكذا يضمن نقصه، ومعنى ذلك أن الشيء المستأجر إذا نقص بسبب صنعة الأجير أو بغيرها في يده نقصاً يسيراً، وهو النصف فما دون، فإن الأجير يضمن أرش ذلك النقص فقط، وهو ما بين القيمتين وذلك [نحو] [٣] أن يدبغ الأديم فينقل أو يضع الحديد [٤/] فيحرق أو الخشب فيتكسر أو نحو ذلك، فتنقص بذلك قيمة العين النصف فما دون كما مر، وأما إذا كان النقص كثيراً، وهو ما فوق نصف القيمة فإن المالك يخير بين أن يأخذ العين مع أرش النقص أو يترك العين للأجير، ويأخذ قيمتها منه والعبرة بالقيمة يوم قبض الأجير للعين لأنها دخلت في ضمانة في ذلك الوقت إلا أن يأخذ أجرة عمله ضمنه معمولاً هذا هو المذهب.

وقال المؤيد وأبو حنيفة والشافعي: لا خيار للمالك ما دام للعين قيمة بل يأخذ أرش النقص ولو كثر، وقال زفر وحماد: لا يضمن الصَّبَّاغ إلا ما تعمدوه من الجناية [٥].

قوله عليلم:" **ولَا تَسْقُطُ الأجرة إنْ ضَمَّنَهُ مَصْنُوعًا أَوْ نحوه** " يعني أن الصانع إذا تلف المصنوع تحت يده قبل تسليمه إلى المستأجر فضمن قيمته لم تسقط أجرته بضمانه القيمة حيث ضمنه المالك إياه مصنوعاً، وأراد بنحو المصنوع المحمول حيث ضمنه المالك إياه بعد حمله، والوجه فيهما أن تضمينه كذلك بمنزلة تسليم[٦] العمل، فأما[٧] تأخير ضمنه إياه غير مصنوع أو غير محمول فلا أجرة له، لأن المالك لم يستوف شيئاً من منافع ما عقد عليه الإجارة هذا هو معنى ما ذكره القاضي زيد للهادوية أن المالك مخير بين تضمينه محمولا فتجب الأجرة، أو غير محمول فتسقط، فإن استوت القيمة فلا فائدة في التخيير إلا سقوط الأجرة حيث ضمنه غير محمول [٨].

قال المؤيد: لا خيار للمالك وله في القيمة قولان:

أحدهما: أنه يضمنه فثمنه يوم قبضه في موضعه لأنه دخل في ضمانه في ذلك الوقت، والثاني أنه يضمنه فقيمته يوم التلف، وظاهر المذهب عدم الفرق فيما ذكر بين المصنوع

---

1 - سقط من (ب) .
2 - في (ب) " هلك".
3 - الزيادة من (أ) .
4 - نهاية ورقة ٣٠٨ من (ب).
5 -الغيث المدرار ج٣(خ). شرح التجريد في فقه الزيدية - (٤ / ٢٣٤).والمحلى لابن حزم (ج٨/ص٢٠١) .
6 - في (ب)"تسليمه ".
7 - في (ب)"وأما ".
8 -الجامع في الشرح (خ) .

والمحمول على ما ذكره[1] أبو العباس، وفي ظاهر كلام ض زيد في شرحه وكلام التفريعات ما يقتضي الفرق بينهما، ففي المصنوع لا تلزم الأجرة وفي المحمول يلزم لأن المستأجر قد استوفى ما عقد عليه الإجارة إلى موضع التلف، لأن منافع الحمل يستوفى حالاً فحالاً بخلاف المصنوع فلم يسلم الأجير ما استؤجر عليه، وكلام أبي العباس هو الذي بنى عليه في الأزهار والأثمار لقوته إذ الأجير لم يسلم المنافع إلى مستحقها في الصورتين [2].

قوله عليلم:" **وَلَا أَرْشَ للسِّرَايَةِ عَنْ الْمُعْتَادِ مِنْ بَصِيرٍ** " إذ لا تعدى منه في الفعل والسراية من فعل الله سبحانه وتعالى فإذا استؤجر الخاتن أو نحوه فحصلت من عمله مضرة لم يضمن بشروط ثلاثة :

الأول: أن تكون تلك المضرة بسراية لا إذا حصلت بمباشرة نحو أن يقطع الخاتن حشفة الصبي فإنه يضمن الأرش عمداً كان ذلك أم[3] خطأ إلا أن يبرئ من الخطأ قبل علمه، وهو بصير فلا شيء عليه، فلو كان متعاطياً ضمن مطلقاً، وقد تضمنت هذه الشروط عبارة المختصر، وقيل ح : أن المتعاطي لا يضمن السراية يعني حيث فعل المعتاد لأنه عمل الأطباء وهو مأذون من جهة المعالج، ورد بأن مثل هذا لا يستباح بالإباحة وقد روي عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال فمن[4] طب بغير علم فأعنت فهو ضامن" [5].

تنبيـــــهٌ: فإذا كان المعالج عبداً مأذوناً فحكمه في الضمان حكم الحر، ويتعلق الضمان برقبته لدين المعاملة، وإن كان غير مأذون فإن أوهم الإذن أو الحرية كان جانياً، ولعله يضمن مطلقاً ضمان جناية وإن لم يوهم ذلك كان ما لزمه ديناً في ذمته يطالب به إذا عتق لأن حكم ما سلم إلى غير المأذون من الأموال ولم يكن منه إلهام.

قال في الكافي: ويجوز للأب أن يأمر الطبيب الحاذق البصير أن يقطع مثانة الصبي لاستخراج[6] الحصاة انتهى [7].

والأقرب أن سائر الأولياء كذلك والله أعلم.

---

1 - نهاية ورقة ٢٩٥ من (أ).

2 - الغيث المدرار ج٣(خ) بنحوه .

3 - في (ب)"أو " .

4 - في (ب)"من " .

5 - أخرجه أبو داود في سننه -كتَاب الدِّيَات - بَاب فِيمَنْ تَطَبَّبَ بِغَيْرِ عِلْمٍ فَأَعْنَتَ بلفظ " من تَطَبَّبَ ولا يُعْلَمُ منه طِبٌّ فَهُوَ ضَامِنٌ " وهو حسن . -رقم٤٥٨٦ (ج٤/ص١٩٥)ينظر (صحيح وضعيف سنن أبي داود – رقم٤٥٨٦).

6 - في (ب)"لاخراج " .

7 -الكافي (خ).

قوله عليلم: " **وَذَاهِبُ نحو الْحَمَّامِ بِالْعُرْفِ** "فيضمن الحمامي ما ذهب من جماعة من لباس الداخل بأجرة أو طاسة ونحوها حيث جرى العرف بتضمينه ذلك، وإنما يضمن ذلك بشرطين:

أحدهما: أن يضع اللباس ونحوه بحضره الحمامي أو حضرة أعوانه.

الثاني: أن يضعها في المواضع الذي يعتاد وضعها فيه فإن اختل أحد الشرطين لم يضمن إلا أن يجري العرف بتضمينه مطلقاً ضمن، وإذا اختلفا في قيمة الذاهب أو عينه فالقول للحمامي قيل أن يدعي شيئاً لا يعتاد الداخل لباس مثله، فعليه البينة إذ يدعي خلاف الظاهر.

قال أبو طالب: والقياس يمنع من كونها إجارة [يعني][1] لعدم الإيجاب والقبول ولجهالة الوقت والمكان، ولأن فيه إتلاف أعيان وقد يذكر أنها فاسدة، وأشار القاضي زيد في الشرح إلى أنها صحيحة لعمل المسلمين عليها من دون تناكر خلفاً عن سلف، وهي مما خصه الإجماع [2]، وأراد المؤلف عليلم بنحو [الحمام] [3]السفينة والسمسرة ونحوهما [4].

---

1 - الزيادة من (أ) .

2 - الجامع في الشرح (خ) .

3 - الزيادة من (أ) .

4 - الزيادة من (أ) .

"فَصْــــــلٌ"

[ما يفعله الأجير بعد عقد الإجارة]

وَلِلْأَجِيرِ الِاسْتِنَابَةُ فِيمَا لَا يَخْتَلِفُ بها غالباً " هذا الفصل معقود لبيان ما للأجير أن يفعله بعد عقد الإجارة، وما يتعلق بذلك فمنها أن الأجير له أن يستتيب غيره فيما لا يختلف الحال فيه بالاستنابة ذكره المؤيد للمذهب إذ القصد تحصيل العمل [فيه بالاستنابة][1] ولا عبرة بالشخص فإن كان الحال يختلف [فيه] [2] بالاستنابة نحو أن يستتيب من عمله دون عمله لم يجز، وحيث تجوز الاستنابة يستويان في الضمان لغير الغالب إلا أن المالك يطالب الأول فقط وهو يطالب الثاني.

وقال الناصر وأبو طالب والإمام ح: ليس للأجير أن يستتيب فيضمنان مطلقاً لتعديهما، ورد بأنه لا تعدي لما تقدم من أن المقصود تحصيل العمل والإذن للأول كاف [3].

وقوله "غالباً" احتراز من أن يشرط المستأجر على الأجير أنه[4] لا يستتيب أو يجري العرف بعدم الاستنابة فإنه لا يجوز له الاستنابة حينئذ مطلقاً، وهذا الاستثناء من الطرد، ويحترز أيضاً من أن يختلف العمل بالاستنابة أو[5] يشترطها الأجير أو يجري العرف بها فإنها تجوز له، وهذا الاستثناء [6/] من العكس، وإنما عدل [المؤلف] [7] عن قوله في الأزهار "بِالْأَشْخَاصِ"[8] إلى قوله بها لكون عبارة الأثمار أعم إذ تتناول ما إذا كان عمل الثاني دون عمل الأول إذا غفل عنه المستأجر، ومثل عمل الأول إذا حضر معه فمثل هذا يختلف بالاستنابة لا بالأشخاص، وعبارة الأزهار لا تفيد ذلك، وعدل عن الاستثناء بلفظة "إلا" كما في الأزهار إلى قوله "غالباً" ليدخل تحتها المستثنى من العكس كما تقدم مع الاختصار[9] بخلاف الاستثناء بالا .

قوله عليلم:" ويَضْمَنَانِ "أي يضمن المستتيب والنائب كلاهما ضمان الأجير المشترك، حيث تجوز الاستنابة، وضمان الغصب حيث لا يجوز والقرار على النائب إن علم أو جنى،

---

1 - الجامع في الشرح (خ) .
2 - الزيادة من (أ) .
3 - البحر الزخار (٩ / ٤٠٠) .
4 - في (ب)"أن ".
5 - في (ب)"و " .
6 - نهاية ورقة ٣٠٩ من (ب).
7 - الزيادة من (ب).
8 - الأزهار - (١ / ١١٨).
9 - في (ب)"اختصار ".

ولا يستحق الأول شيئاً من الأجرة لما عمله الثاني، ولا يستحق [الثاني] [١] على المالك شيئاً من الأجرة، وإنما يستحقها[٢] على الأول إن جهل.

قوله عليلم:" **والْفَسْخُ إنْ عَتَقَ أو كلف [غالباً]** [٣] "فمن أجر مملوكه أو صبية أو مجنونة، فالإجارة صحيحة فإذا عتق المملوك أو كلف غير المكلف كان لهما أن يفسخا عقد الإجارة حيث كانت مدتها باقية هذا هو المذهب وقول ح ووجهه القياس على ما لو زوج الأمة سيدها ثم عتقت فإنه يكون لها الخيار كما تقدم [٤].

قيل: وهل يكون على الفور يعني فسخ العقد والابن كالصغيرة إذا زوجها غير الأب فبلغت أم على التراخي كالأمة يعتق مزوجة الأقرب أنه على التراخي كالأمة انتهى [٥].

وعند الشافعي أنه لا خيار للعبد وغير المكلف في ذلك كما لو زوج العبد ثم أعتقه [٦].

قلنا: انكاحه لا يوجب ملك منافعه بخلاف تأجيره فافترقا .

وقوله "غالباً " احتراز من أن يؤجر الأب مملوك ولده فإن الولد إذا بلغ لم يكن له الفسخ كما في سائر أملاكه، ولأنه لو باع رقبة العبد لم يكن للولد فيه خيار بعد بلوغه، وكذا في تأجيره، والظاهر أن سائر الأولياء كالأب في ذلك، وإنما تعتبر المصلحة هذا هو المذهب، وهو قول أبي حنيفة والشافعي.

وقال مالك: إذا أجر عبد ابنه أو مال ابنه مدة يعلم أن الابن يبلغ فيها لم يجز[/٧] ذلك. [٨]

واحترز أيضاً [بقوله غالباً] [٩] مما إذا كان العبد المؤجر لنفسه ثم أعتقه السيد [فإن ذلك يكون إجارة فلا يكون للعبد أن يفسخ بعد عتقه وكذا لو أجار السيد ثم أعتقه][١٠].

قال في الياقوتة: وكذا المكاتب إذا أجر نفسه ثم عتق فإنه لا يكون له أن يفسخ كما لو أجر نفسه بعد عتقه [١١].

---

1 - الزيادة من (ب) .
2 - في (ب)"يستحق " .
3 - الزيادة من (ب)"وكررت مرتين فحذفت الثانية " .
4 - شرح الأزهار - (٣ / ٢٨٦) و بدائع الصنائع (ج٤/ص١٩٩) .
5 - المرجع السابق.
6 - المهذب (ج١/ص٤٠٧).
7 - نهاية ورقة ٢٩٦ من (أ).
8 - شرح الأزهار - (٣ / ٢٨٦)و البحر الرائق (ج٣/ص٢٠٣) و بدائع الصنائع (ج٢/ص٢٤٥) و (ج٦/ص٧٣)و المدونة الكبرى (ج٧/ص٢٦٠) .
9 - الزيادة من (ب)" .
10 - الزيادة من (أ)" .
11 -الياقوتة (خ) والغيث المدار ج٣(خ) .

وإنما عدل المؤلف [عليلم] [١] عن قوله في الأزهار "أو بلغ"[٢] إلى قوله" أو كلف" ليتناول ذلك المجنون إذا أفاق، وحذف قوله في الأزهار " وَلَوْ لِعَقْدِ الْأَبِ فِي رَقَبَتِهِ"[٣] لفهم ذلك من العموم، وحذف قوله "لَا مِلْكَهُ" لدخوله تحت قوله "غالباً"، وحذف أيضاً قوله" وَإِذَا شَرَطَ عَلَى الشَّرِيكِ الْحِفْظَ ضَمِنَ كَالْمُشْتَرَكِ [٤]لاستفادة ذلك من قوله في أول الفصل ومنه المناوبة. تنبيـــــهٌ: ومما يثبت للأجير المشترك حبس العين التي استؤجر على العمل فيها حتى يستوفي أجرته كما صرح به في الأزهار في الفصل الذي قبل هذا، ولعل المؤلف عليلم إنما لم يذكر ذلك استغناء بما يتضمنه في غير هذا الموضع هذا مذهبنا وهو قول ش [أن] [٥] للأجير المشترك حبس العين حتى يستوفي أجرته ولا يحتاج في ذلك إلى حاكم [٦].

وقال أبو حنيفة: له حبس المصنوع لا المحمول [٧].

قال في الغيث: وكذلك كل عين تعلق بها [حق] [٨] كالمبيع في البيع الصحيح والفاسد ولو تفاسخا أو المعيب أو المزارعة الفاسدة فإن له الحبس في هذه حتى يسلم ما هو له، وإذا حبس العين لاستيفاء الأجرة لم يتغير الحكم وبقي الضمان بحاله على ما كان عليه أي ضمان أجير مشترك لا ضمان رهن ولا غصب انتهى [٩].

---

1 - الزيادة من (أ)" .
2 - الأزهار - (١ / ١١٨).
3 - المرجع السابق.
4 - المرجع السابق.
5 - الزيادة من (أ)" .
6 - المهذب (ج١/ص٣٢٥).
7 - المبسوط للسرخسي (ج١٩/ص٦٢) .
8 - الزيادة من (ب)" .
9 - الغيث المدرار ج٣(خ) .

"فَصْــــــلٌ"

[أقسام الإجارة وأحكامها]

"**وأقسامها كالبيع** "هذا الفصل يذكر فيه أقسام الإجارة وأحكام الصحيحة منها وغير الصحيحة، أما أقسامها فهي ثلاثة، صحيحة وباطلة وفاسدة، كما أن أقسام المبيع ثلاثة كذلك كما تقدم.

وقال في الشرح: إذ هي مقيسة عليه ومشبهة به بجامع كون كل واحد منهما عقد معاوضة انتهى [١].

فالإجارة الصحيحة ما كملت فيها شروطها التي [مر] [٢] ذكرها في أول كتاب الإجارة، والباطلة ما اختل فيها أحد الأركان الأربعة كما في البيع، وهي العقد والعاقد، وذكر البدلين وصحة تملكهما للمتعاقدين، وقد مر تفصيل ذلك في البيع، والفاسدة ما اختل فيها شرط غير [تلك] [٣] الأركان المذكورة كما في البيع على ما تقدم .

وأما أحكام الإجارة الصحيحة فقد أوضحها المؤلف [بقوله][٤] عليلم:" **وَالْأُجْرَةُ فِي الصَّحِيحَةِ تُمْلَكُ بِالْعَقْدِ**" فيصير المؤجر وكذا الأجير بها غنياً، ويجب عليه زكاتها، ويصح البراء منها وأخذ الرهن فيها، والتضمين بها، ولو قبل قبض العين المؤجرة، أو المعمول فيها، والقول بأنها تملك بالعقد[٥] ذكره الفقيه ح وغيره للمذهب، وهو مذهب ش، [٦] لكن المذهب أنه لا يستحق المطالبة بها إلا بأخذ ثلاثة أمور وهي: شرط التعجيل أو تسليم العمل في المشترك واستيفاء المنافع في الأعيان، أو التمكين منها بلا مانع، وقال في شرح الإبانة:" لا تملك بالعقد"، [٧]وهو ظاهر كلام شرح ض زيد، حيث قال:" ولأن كل عقد لا يملك فيه أحد البدلين بنفس العقد [و] [٨]لا يملك البدل الآخر بنفس العقد كالهبة بشرط العوض [لما][٩] لم يملك الموهوب [له] [١٠]

---

1 - الجامع في الشرح (خ) .
2 - الزيادة من (ب)" .
3 - الزيادة من (ب)" .
4 - الزيادة من (ب)" .
5 - في (ب)"في العقد" .
6 - البحر الزخار (٤ / ٤٤٢)و شرح الأزهار (٣ / ٢٨٧). و أسنى المطالب في شرح روض الطالب (ج٢/ص٤٤١). وحاشية البجيرمي (ج٣/ص١٦٤) .
7 - شرح الإبانة (خ) .
8 - الزيادة من (أ)" .
9 - الزيادة من (أ)" .
10 - الزيادة من (ب)" .

بنفس العقد لا[1] يملك البدل الآخر، والمنافع لا تملك بالعقد لأنها معدومة" [2].

ووجه ما ذكره الفقيه ح وغيره للمذهب، أن المنافع [لو لم يكن تملك بالعقد][3] لم يكن له فائدة، ولا كان للحاكم أن يخير على إبقائها قبل أن تملك إلى غير ذلك من الوجوه.

وأما قولهم "أن المنافع معدومة" فكيف يصح تملكها ؟

فجوابه أن تسليم العين المؤجرة في حكم تسليم منافعها فتكون المنافع في حكم الموجود فيصح ملكها وعلى القول بأنها لا تملك بالعقد لا يتبعها شيء من أحكام الملك فلا يصير المؤجر ولا الأجير بها غنياً ولا يلزمه زكاتها، وكذا[4] بقية الأحكام المتقدم ذكرها، والقول الأول هو الصحيح للمذهب.

وفي معيار النجري ما لفظه "ولما كان العقد سبب ملك أحد البدلين وهو المنفعة كان سبب ملك الآخر، وهو الأجرة فيثبت لها أحكام الملك، وإن لم يجب تسليم شيء منها إلا بعد استيفاء قسطه من المنافع [5/] عكس البيع لضعف ملك المنفعة، وكونها على خطر الانفساخ ولذلك إذا بطلت المنفعة سقط ما يقابلها من الأجرة مع ثبوت الخيار في المستقبل، وإن عادت قبل الفسخ فلا خيار وعلل ذلك ظاهره انتهى [6].

وحذف المؤلف [عليلم] [7] قوله في الأزهار "فَتَتْبَعُهَا أَحْكَامُ الْمِلْكِ"[8] لاستفادة ذلك من قوله يملك بالعقد إذ ثمرة الملك تبعية ما يترتب عليه من الأحكام .

قوله عليلم :" **ويستحق بنحو مُضِيِّ الْمُدَّةِ** "أي تصير الأجرة حقاً يستحق الأجير والمؤجر المطالبة بها، والمراد بنحو مضي المدة هو تسليم العمل أو استيفاء المنافع أو التمكين منها بلا مانع فهذه الأربعة تستقر ملك المؤجرة بها فلا ينتقض، وقبل حصول أحدها لا يكون لأيهما المطالبة بها لجواز انتقاض الملك ببطلان المنفعة أو بانفساخ العقد أو نحو ذلك، ولأن قوله تعالى:**(**فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ **)**[9] يدل على عدم استحقاق المطالبة بالأجرة قبل الإرضاع، وعلى قول ش للأجير المطالبة بالأجرة بعد القبض مطلقاً[10] لقوله

---

1 - في (ب)"لم" .
2 - الجامع في الشرح (خ). و شرح الأزهار - (٣ / ٢٨٧) .
3 - ما بين المعقوفتين زيادة من (ب) ومكررة فحذفت الأخرى" .
4 - في (ب)"كذلك" .
5 - نهاية ورقة ٣١٠ من (ب).
6 - معيار النجري (خ) .
7 - الزيادة من (ب)" .
8 - الأزهار - (١ / ١١٩).
9 - الطلاق:٦.
10 - الحاوي الكبير (ج٧/ص٣٩٦).

صلى الله عليه وآله "أعطوا الأجير أجرته قبل أن يجف عرقه" رواه ابن ماجة من حديث ابن عمر مرفوعاً، وأبو يعلى من رواية أبي هريرة بنحوه، وكذا الطبراني من رواية جابر[١].

قلنا: أراد بعد تسليم العمل إذ لا عرق إلا من عمل فكان الخبر حجة لنا، قالوا ملك المنافع بالعقد فاستحق المؤجر عوضها.

قلنا: ولا يلزمه تسليمها إلا بعد الاستيفاء أو التمكين كالمبيع.

قال في الشرح: وإنما عدل المؤلف[عليلم] [٢] عن قوله في الأزهار " وتَسْتَقِرُّ بِمُضِيِّ الْمُدَّةِ "إلى آخره[٣] لأنه لا معنى لتسميته استقراراً وإنما هو استحقاق إذ لا يستحق المطالبة بالأجرة إلا بذلك إلى آخر ما ذكره .

قوله عليلم:" **ويصح التَّعْجِيل وشَرْطُهُ** " أي ويصح تعجيل الأجرة قبل حصول أي الأمور الأربعة التي تقدم ذكرها فيصير بالتعجيل حقاً للمؤجر لا يجوز للمستأجر ارتجاعها منه ما لم يقع فسخ، كما في المبيع إذا سلمه البائع قبل قبضه للثمن فإنه لا يكون له ارتجاع المبيع ليحبسه حتى يستوفي الثمن، وكذا يصح تعجيل الأجرة ويلزم فيكون للمؤجر[٤/] المطالبة بتسليمها قبل إيفاء المنافع ونحوه.

قال أبو طالب: ولا خلاف فيه [٥].

قوله عليلم: " **ويُجْبِرُ فِيهَا الْمُمْتَنِعَ** "يعني أن من أحكام الإجارة الصحيحة أن الحاكم [فيها يجبر الممتنع] [٦] عن الوفاء بما وقع عليه العقد من المستأجر والمؤجر، لأنه قد لزم بالعقد ما لم يفسخ لعذر كما سيأتي .

قوله عليلم:" **ويصح تبعيض نحو محمول مطلقاً ونحو معمول غالباً** " أي وتصح الإجارة بأن يجعل الأجرة بعض المحمول نحو أن يستأجر الأجير على حمل طعام، ويجعل الأجرة بعضه، وأراد بنحو المحمول أن يستأجر على رعية أنعام ببعضها، أو على حماية[٧] أثمار ببعضها وما أشبه ذلك، إذ لا جهالة في الأجرة ولا المنفعة.

---

1 - **سبق تخريجه صـ٨٧٨ .**
2 - **الزيادة من (أ)" .**
3 - **الأزهار - (١ / ١١٩).**
4 - **نهاية ورقة ٢٩٧ من (أ).**
5 - **-الغيث المدرار ج٣(خ) .**
6 - **في (أ)"يجبر فيها من امتنع " بدل مابين المعقوفتين.**
7 - **في (ب)"جملة"**

وقوله: "مطلقاً" معناه سواء جعلت الأجرة بعض [ذلك] [1] المحمول ونحوه بعد الحمل ونحوه أم قبله.

وقوله: "ونحو[2] معمول" أي ويصح أيضاً أن تجعل الأجرة بعض المعمول نحو أن يستأجر الصانع على عمل حديد سكاكين أو على [غرائز] [3]غزل قطن أو نسج غزل أو نحو ذلك ببعضٍ منه مسمىً من نصف أو ربع أو غيرهما، فإن ذلك يصح وأراد بنحو المعمول أن يستأجره على قطف أثمار بعضها أو نحو ذلك ذكره في الشرح.

قال فيه: وقوله "غالباً" احتراز من أن يشرط عليه عمل الكل يعني المستأجر عليه، والأجرة فإن ذلك لا يصح إلى آخر ما ذكره [4].

أما مسألة الحمل ونحوه فنص الهادي عليلم على صحتها في المنتخب [5].

قيل ع: ولا يجب على الأجير إلا حمل البعض الذي ليس بأجرة، وعند زيد بن علي والناصر وأبي حنيفة والشافعي ومالك أن هذه الإجارة لا تصح لأنه استؤجر على حمل ملك نفسه، وملك غيره [6].

وأما مسألة المعمول ونحوه فنص الهادي عليلم في مسألة نسج الغزل ببعضه، أنّ الإجارة لا تصح، فقال ابن أبي الفوارس والأمير الحسين للهادي عليلم قولان في المحمول والمصنوع، قول يصح فيهما جميعاً، وقول لا يصح فيهما جميعاً، وقيل س: بل الهادي عليلم يفرق بين المحمول والمصنوع لأن الصنعة معدومة فلا تصح أجرة بخلاف المحمول فهو موجود.

قال في الغيث: وقد ذكرنا هذا في الأزهار وأشرنا إلى ضعفه لأن الشيخ أبا جعفر قد حكى عن الأحكام أنها تصح مسألة الغزل وذكر في التحرير صحة الاستئجار على عمل السكاكين بنصفها، والعلة التي ذكرها الفقيه س ضعيفة لأنه لا يجب إلا عمل نصف الغزل كما ذكره الفقيه ع ولأنه يصح الاستئجار بمنفعة معدومة كما تقدم انتهى [7].

قال في الشرح: وأما المؤلف عليلم فاختار ذلك التفصيل يعني الفرق بين مسألة المحمول ونحوه، ومسألة المعمول ونحوه.

---

1 - الزيادة من(أ) .
2 - في(ب) "ونحوه".
3 - الزيادة من(ب) .
4 - الجامع في الشرح (خ) .
5 - المنتخب - (٢٨٣).
6 -الغيث المدرار ج٣(خ).و شرح الأزهار (٣ / ٢٨٨)و المبسوط للسرخسي (ج١٢/ص١٧٦).و (ج١٦/ص٣٥).
7 - الغيث المدرار ج٣(خ) .

قال: وسواء كان ذلك مراد الهادي عليلم فيكون تلفيقاً أو غير مراده فيكون توسطاً، فهو يصح على الأصح إذ هو أخذ من كل قول بطرف كما تقدم بيانه في شرح المقدمة الأصولية انتهى [١].

وخلاف زيد بن علي عليلم، ومن ذكر معه في مسألة المحمول يأتي في مسألة المعمول، فلا يصح عندهم أيهما، واستدلوا[٢] [على ذلك] [٣] بما روي عن النبي صلى الله عليه وآله أنه "نهى عن قفيز الطحان"[٤] فاقتضى المنع إذ النهي للفساد .

قال في البحر قُلْنَا : هو مَحْمُولٌ عَلَى جَهْلِ قَدْرِ الْقَفِيزِ، أَوْ حَيْثُ اُسْتُؤْجِرَ عَلَى طَحْنِ الصُّبْرَةِ بِقَفِيزٍ مِنْهَا بَعْدَ طَحْنِهَا ، وَهُوَ فَاسِدٌ .

قَالُوا : يَسْتَلْزِمُ أَنْ لَا يَعْمَلَ لِلْمُسْتَأْجِرِ جُزْءًا إلَّا مَعَ الْعَمَلِ لِنَفْسِهِ ، لِشِيَاعِ نَصِيبِهِ.

قُلْنَا: لَا نُسَلِّمُ إلَّا لَوْ شَرَطَ أَخْذَهَا بَعْدَ الْعَمَلِ انتهى [٥].

تنبيـــــهٌ: قال في التلخيص:" ما لفظه حَدِيثُ نهي النبي صلى اللَّهُ عليه وسلم عن قَفِيزِ الطَّحَّانِ" الدَّارَ قُطْنِيُّ وَالْبَيْهَقِيُّ من حديث أبي سَعِيدٍ "نهى عن عَسْبِ الْفَحْلِ وَقَفِيزِ الطَّحَّانِ" وقد أَوْرَدَهُ عبد الْحَقِّ في الْإِحْكَامِ بِلَفْظِ نهى النبي صلى اللَّهُ عليه وسلم وَتَعَقَّبَهُ ابن الْقَطَّانِ بِأَنَّهُ لم يَجِدْهُ إلَّا بِلَفْظِ الْبِنَاءِ لِمَا لم يُسَمَّ فَاعِلُهُ وفي الْإِسْنَادِ هِشَامُ أبو كُلَيْبٍ[٦] رَاوِيه عن ابن أبي نعيم عن أبي سَعِيدٍ لَا يُعْرَفُ، قَالَهُ ابن الْقَطَّانِ وَالذَّهَبِيُّ وزاد وَحَدِيثُهُ مُنْكَرٌ وقال مُغَلْطَاي[٧] هو ثِقَةٌ فَيُنْظَرُ فِيمَنْ وَثَّقَهُ ثُمَّ وَجَدْته في ثِقَاتِ ابن حِبَّانَ. فَائــــدَةٌ [وقع] [٨] في سُنَنِ الْبَيْهَقِيِّ مُصَرَّحًا بِرَفْعِهِ[٩] لَكِنَّهُ لم يُسْنِدْهُ و[١٠] قَفِيزُ الطَّحَّانِ فَسَّرَهُ ابن الْمُبَارَكِ أَحَدُ رُوَاةِ

---

1 - الجامع في الشرح (خ).

2 - في(ب) "واستدل".

3 - الزيادة من(أ) .

4 - أخرجه البيهقي في السنن الكبرى - كتاب البيوع - باب النهي عن عسب الفحل -رقم١٠٦٣٣ (ج٥/ص٣٣٩). و الدار قطني في سننه– كتاب البيوع -رقم١٩٥ (ج٣/ص٤٧). وهو صحيح. ينظر (صحيح وضعيف الجامع الصغير -رقم١٢٩٢٣ (٢٦ / ٤٩٥).

5 - البحر الزخار (٩ / ٣٧٣).

6 - هو هشام بن عائذ بن نصيب الأسدي أبو كليب روى عن الشعبي وإبراهيم النخعي وأبى صالح ذكوان وأبيه وابن أبى نعيم روى عنه الثوري ووكيع وأبو نعيم. قال عبد الله بن احمد بن محمد بن حنبل فيما كتب إلى قال سألت أبى عن هشام بن عائذ بن نصيب فقال ثقة (الجرح والتعديل - (٩ / ٦٤).

7 - هو مغلطاي بن قليج بن عبد الله البكجري المصري الحكري الحنفي، أبو عبد الله، علاء الدين: مؤرخ، من حفاظ الحديث، عارف بالأنساب. تركي الأصل، مستعرب.من أهل مصر.ولي تدريس الحديث في المدرسة المظفرية بمصر.وكان نقادة، له مآخذ على المحدثين وأهل اللغة.وتصانيفه أكثر من مئة، منها (شرح البخاري) و (شرح سنن ابن ماجه - خ) لم يكمله، توفي سنة ٧٦٢هـ (الأعلام للزر كلي - (٧ / ٢٧٥).

8 - الزيادة من(أ) .

9 - في (ب) "يرفعه".

10 - في (ب) "لكن" .

الحديث بِأَنَّ صُورَتَهُ أَنْ يُقَالَ لِلطَّحَّانِ اطْحَنْ كذا بكذا وقَفِيزٍ من نَفْسِ الطحن، وَقِيلَ هو طَحْنُ الصُّبْرَةِ ولَا يُعْلَمُ مكيلها[١] بِقَفِيزٍ منها انتهى [٢].

فــــــرعٌ: وعلى القول بصحة الإجارة في المسألتين لو تلف [٣/] الشيء المستأجر على حمله أو عمله ببعضه في يد الأجير قبل تسليمه إلى[يد] [٤]المستأجر بعد الحمل أو العمل أو نحوهما لم يضمن إلا الزائد على قدر أجرته.

قيل ع: هذا إذا تلف بغير غالب إذ لو تلف بغالب لم يستحق أجرة[٥] لأنه لم يسلم العمل ولا ما يقوم مقامه وهو الضمان، وفي الروضة عن التفريعات "أن الأجرة واجبة وإن تلف بغالب فعلى هذا لو استأجره على رعية ثماني بقرات بربعها مدة شهرين فتلفت بعد مضي شهر، فإن كان تلفها بغير غالب ضمن سبع[٦] أثمانها فثمن مما قبضه أجره، وستة أثمان هي المستأجر عليها ولا يضمن الثمن الثامن لأنه قد استحقه، وهذا حيث ضمن قيمتها يوم التلف، وإن تلفت بغالب فعلى قياس ما ذكره في التفريعات أنه يضمن الثمن فقط، وقد اختار هذا الفقيه س في التذكرة، وعلى قول الفقيه ع يضمن الربع لأنه لم يسلم العمل ولا ما يقوم مقامه وهو الضمان ذكر معنى ذلك جميعه في الزهور وغيره [٧].

فــــــرعٌ: فأما لو استأجره على طحن ثلاثة أرباع الصبرة بربعها ونحو ذلك فإن هذه الإجارة تصح.

قيل: إجماعا، وفي البحر عن ح وأصحابه أنها لا تصح لما مر.

[قال] [٨] قُلْنَا: عَمَلُهُ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ لَيْسَ فِيمَا هُوَ شَرِيكٌ فِيهِ، بَلْ مُنْفَصِلٌ، فَصَحَّحَهَا زيد والناصر وش انتهى [٩].

قوله عليلم: " **وفِي الْفَاسِدَةِ أُجْرَةُ الْمِثْلِ** " يعني والواجب في الإجارة الفاسدة أجرة المثل للمؤجر في إجارة الأعيان وللمشترك في الأعمال وهذا حيث كان الفساد أصلياً، وأما إذا كان الفساد طارئاً فإنما يجب الأقل من المسمى وأجرة المثل هذا هو المذهب.

---

1 - في (ب) " كلها "والصحيح ما أثبته.
2 - التلخيص الحبير (ج٣/ص٦٠) بتصرف .
3 - نهاية ورقة ٣١١ من (ب).
4 - الزيادة من(ب) .
5 - في(ب)"الأجرة".
6 - في(ب)"سبعة".
7 -الزهور (خ). والتذكرة الفاخرة (ص٤١٠).
8 - الزيادة من(ب) .
9 -البحر الزخار - (٩ / ٣٧٣). و روضة الطالبين(ج٥/ص١٧٧) .

وقال ح: الواجب الأقل من المسمى وأجرة المثل مطلقاً، وقال ش: الواجب في الفاسدة أجرة المثل مطلقاً،[١] وإنما لم يجب المسمى لأن الأجرة في الفاسدة لا تجب بالعقد، وإنما تجب بالاستيفاء كوجوب القيمة بالقبض في البيع الفاسد، وعن المرتضى والمؤيد أن الأجرة في الفاسدة إذا كانت مسماة والعمل معلوماً وجب[٢/] المسمى، وفي الزهور عنهما إذا فسدت لغير التسمية فالواجب المسمى ويكون ذلك من باب المعاطاة [٣].

قال في الشرح: وإنما لم يستغن عن ذكر هذا الحكم بقوله وينعكس إلى آخره لأنه كان يوهم أنها لا تجب الأجرة في الفاسدة لأنه قال في أول الفصل ويستحق بكذا في الصحيحة، ثم قال هنا وينعكس أحكام الصحيحة [٤].

قوله عليلم: "**وتنعكس أحكام الصَّحِيحَةِ غالباً**" أي يكون أحكام الإجارة الفاسدة على العكس من أحكام الإجارة الصحيحة التي تقدم ذكرها فلا يجبر الحاكم فيها الممتنع من المتأجرين عن تمام ما عقدها عليه لأنها معرضة للفسخ إذ لكل منهما فسخها لكن هل يحتاج في الفسخ إلى حاكم أولا فعند القاضيين زيد وأبي مضر لا يحتاج إلى حاكم، وقال المنصور: يحتاج وقد لفق [بعضهم][٥] بين القولين كما سيأتي [٦].

قيل: ولعل الظاهر قول القاضيين، لأن صحيحها إذا كان يفسخ للعذر بخلاف سائر العقود فبالأولى أن لا يحتاج إلى فسخ فاسدها إلى حاكم ولا تراض، وقيل ع: فاسد الإجارة باطل من حيث أن المنافع معدومة غير مضمونة يعني لا يضمن قيمتها لأنها لا تملك بالإجارة[٧] بخلاف الإجارة الصحيحة فالأجرة تملك فيها بالعقد [٨].

قيل س: ويملك الأجرة بقبضها بالإذن في الإجارة الفاسدة ولو كانت فاسدة بالإجماع، فيحتاج في استرجاعها مع عدم المراضاة إلى الحاكم،وقيل [ع] [٩]: لا تملك كالباطلة[١٠][١١].

قيل: ويحتمل أن يأتي فيها الخلاف كما في السلم الفاسد.

---

1 - البحر الرائق (ج٨/ص١٩). وإعانة الطالبين (ج٣/ص١٢٠).
2 - نهاية ورقة ٢٩٨ من (أ).
3 - الزهور (خ).
4 - الجامع في الشرح (خ) .
5 - الزيادة من(ب) .
6 - الغيث المدرار ج٣(خ) .
7 - في(ب)"الإجارة".
8 -المرجع السابق.
9 - الزيادة من(أ) .
10 - في(ب)"كالباطل".
11 - المرجع السابق.

ومن أحكام الإجارة الفاسدة أن الأجرة فيها لا تستحق بالتمكين من استيفاء المنافع كما في الصحيحة، وإنما تستحق باستيفاء المنافع في إجارة الأعيان، وتسليم[١] العمل في الأجير المشترك لأن التمكين في الفاسدة كالخلوة في النكاح الفاسد هذا قول أكثر العترة والحنفية[٢].

وقال ش ومالك:[بل تجب بالتمكين وإن لم ينتفع كما في الغصب [٣].

قلنا: الغاصب منع المالك فهو مستهلك فافترقا وقوى بعضهم قول الشافعي ومالك][٤] وهو قديم قولي م، وذلك في إجارة الأعيان، وعلل ذلك بأن المنافع تلفت تحت يد المستأجر، ومن أحكام الإجارة الفاسدة أن الأجير فيها يستحق بقدر ما عمل ولو من المقدمات كما مر في الحج بخلاف الصحيحة [٥].

فـــــرعٌ: وإذا كانت أجرة المثل مختلفة فإنه يجب الأقل إن اختلفت على عددين، والوسط إن اختلفت على ثلاثة أعداد، والأقل من الوسطين إن اختلفت على أربعة أعداد، وقيل ع: يجب نصف الوسطين وعلى هذا النحو لو كثرت الأعداد، وهذا حيث اتفق المقومون على اختلاف أجرة المثل، وأما حيث اختلفوا فيها فإنه يكون على الخلاف في تقويم المقومين هل يؤخذ بالأقل أو بالأكثر؟

ففي شرح الزيادات وهو قول المنصور وأبي حنيفة: يعمل بالأكثر [٦].

وقال ش والفقيه ح: بالأقل لأنه المتيقن هكذا في بيان ابن مظفر [٧].

ومن أحكام الفاسدة أنه لا يصح فيها تعجيل الأجرة ولو شرطه بل يصح ارتجاع المعجل ولا يلزمه[٨] شرطه على الأصح خلاف ما تقدم ذكره عن الفقيه س.

وقوله: "غالباً " احتراز من استحقاق الأجرة فإنها تستحق في الفاسدة باستيفاء المنافع في الأعيان، وتسليم العمل في المشترك كما في الصحيحة.

ويحترز أيضا مما إذا كان الفساد طارئاً فإنه [إنما] [١] يستحق فيها الأقل كما تقدم على الأصح، وقيل أنه لا يتصور الفساد الطارئ في غير المضاربة، وأما الإجارة الباطلة

---

1 - في(ب) "بتسليم".
2 - البحر الزخار - (٩ / ٣١٨).والغيث المدرار ج٣(خ).و تبيين الحقائق (ج٥/ص١٣٢) .
3 - روضة الطالبين (ج٩/ص٥٧). و المهذب (ج٢/ص٢٤٦). و الذخيرة (ج٥/ص٣٨٦).
4 - الزيادة من(ب) .
5 -الغيث المدرار ج٣(خ) .
6 - شرح الزيادات (خ).و البيان لابن مظفر(٨٩/٣) .
7 - البيان لابن مظفر(٨٩/٣) .
8 - في(ب)"ولا يلزم".

فيستحق فيها أجرة المثل بتسليم العمل أواستيفاء المنافع لا غير ذلك لأن العمل فيها مستند إلى الأذن لا إلى العقد إذ وجوده كعدمه.

1 - الزيادة من(أ) .

"فَصْــــــلٌ"

[ما تسقط به الأجرة]

وَلَا تَسْقُطُ بِجَحْدِ نحو الْمَعْمُولِ فِيهِ غالباً "هذا الفصل معقود لبيان ما تسقط به الأجرة وما لا وارد بنحو المعمول فيه المحمول والمرعى والمحمى، فإذا جحد الصانع ما استؤجر على عمله ونحوه فإن كانت الإجارة صحيحة لم تسقط أجرته بجحده قبل العمل أم بعده لأن عمله مستند إلى العقد في الحالين إذ الجحد لا يبطل عقد الإجارة، وأما إذا كانت الإجارة فاسدة فإن جحد المعمول ونحوه قبل العمل ونحوه لم يستحق أجرة، لأنه قد عزل نفسه عن الوكالة بالجحود وصار حكمه حكم الغاصب، والغاصب لا يستحق أجرة، وهذه الصورة هي التي احترز عنها المؤلف عليلم بقوله غالباً .

قيل س: وهذا مبني على أن الفاسدة تنفسخ بالجحود من غير حكم كما ذكره القاضيان وقد مر، وأما على قول ص بالله فلا بد من الحكم، ولفق بعضهم بين القولين بأن الفساد إن كان مجمعاً عليه لم يحتج إلى الحاكم، وإن كان مختلفا فيه فلا بد من الحكم ولا بد في الصورتين من أن يكون الجحود في وجه[1/] المستأجر أو وكيله كسائر الفسوخ أو بعد أن يبلغه بذلك بكتابة أو رسالة أو غيرهما كما ذكروه في فسخ المبيع بخيار الشرط فكان هذا مقيساً عليه إذ هو فسخ مثله، وأما حيث عمل قبل الجحود فيستحق أجرة المثل كما مر لأن [وقوع] [2]عمله مستند إلى أمر المالك فاستحق العوض وهو الأجرة .

قوله عليلم:" **وَتَسْقُطُ بِتَرْكِ الْمَقْصُودِ كما مر** "أي وتسقط الأجرة في الإجارة الصحيحة إذا ترك الأجير المقصود من العمل الذي استؤجر عليه كما مر في الفصل الذي قبل هذا، حيث قال: ويستحق بنحو مضي المدة إذ أراد بنحو مضي المدة استيفاء المنافع في الأعيان وتسليم العمل في المشترك كما تقدم، وليس مع [ترك] [3] المقصود تسليم عمل فلا يستحق مع تركه شيئاً من الأجرة، وإن عمل المقدمات فمن استؤجر على زرع أرض فحرثها وأصلحها[4] للزرع ولم يزرع أو استؤجر على عمل حديد سكاكين، فعمل ما يسمى سكيناً أو استؤجر على خبز حب فطحنه وعجنه ولم يخبزه، أو على خياطة قميص فقطعه، وخاط بعضه

---

1 - نهاية ورقة ٣١٢ من (ب).

2 - الزيادة من(ب) .

3 - سقط من(ب) .

4 - في(ب)"ويستحقها" .

بحيث لا يسمى قميصاً، وكمن استؤجر على الحج فأنشأ وسار إلى مكة ولم يفعل [أي] [١] الأركان الثلاثة، فإنه لا يستحق شيئاً من الأجرة في جميع ذلك لتركه المقصود بالعقد .

وأما إذا كانت الإجارة فاسدة فإنه يستحق فيها من الأجرة تسقط ما فعل من المقدمات لأن العقد فيها لغوٌ والعمل فيها مستند[٢] إلى الإذن لا إلى العقد وكذا في الإجارة الصحيحة حيث أدخلا المقدمات في العقد فيستحق من الأجرة [بقدر] [٣]ما عمل منها وأما حيث لم يدخلا[٤/أ] المقدمات في العقد في الإجارة الصحيحة فلا يستحق [الأجير على ما عمل منها شيئاً] [٥] من الأجرة خلافاً لأبي العباس في الحج فقط كما تقدم فيه، وأفاد قول المؤلف عليلم بترك المقصود بمفهومه أنه إذا فعل بعض المقصود واستحق من الأجرة قسط ما فعل منه وسقط قسط ما لم يفعل هذا مذهبنا على ما حصله السيد ط وهو أحد قولي ش، وعلى قوله الآخر لا يستحق الأجير شيئاً من الأجرة إلا بكمال العمل .

قال في الغيث: وحاصل الكلام أن المعقود عليه لا يخلوا إما أن يكون مما يتبعض أولا إن[٦] كان يتبعض كالاستئجار على الرعاية والحفظ مدة معلومة فإنه يستحق بقدر ما عمل، وهكذا لو استأجره على الحرث ففعل البعض، وإن كان لا يتبعض نحو أن يستأجره على خياطة ثوب قميصاً فعمل منه ما لا يسمى قميصاً أو على سكاكين فعمل ما لا يسمى سكيناً.

قيل ح: فلو عمل ما يسمى قميصاً استحق بقدر ما عمل وذلك نحو أن يشلل القميص ولا يكفه، وقيل ي: إذا عمل عملا لا يتبعه عمل نحو أن يخيط كماً ويكمله شلاً وكفاً، وكلام الفقيه ح أظهر، وأما السكاكين فقيل لا يستحق شيئاً حتى يكون للسكين حد وقفا فيستحق بقدر عمله، وكذا لو استأجر أجيراً على حمل كتاب ورد جوابه فأوصل ولم يرد استحق بقسطه فإن استأجره على الإيصال فقط استحق جميعها بإيصاله إليه أو إلى وكيله المنصوب لقبض الكتب فإن لم يكن منصوباً لها لم يستحق شيئاً لأنه لم يعمل ما استؤجر عليه وهكذا لو رده.

قال في الكافي: فإن استؤجر على حمل طعام إلى إنسان فوجده ميتاً أو غائباً فسلم إلى القاضي ضمن ولم يستحق ولو رده لم يستحق أجرة الرجوع ويستحق أجرة الرواح، وعن التعريفات لا يستحق أجرة للرواح، فأما لو استأجره على رد الجواب فقط فهو كما لو

1 - الزيادة من(أ) .
2 - في(ب)"يستند" .
3 - الزيادة من(أ) .
4 - نهاية ورقة ٢٩٩ من (أ).
5 - الزيادة من(ب) .
6 - في(ب)"فإن".

استأجره على البيع لكن النظر على من قال يصح لو امتنع المكتوب إليه من الجواب، هل يستحق الأجرة أم لا ؟

وأما من قال لا يصح على ما يتعلق بفعل الغير فلا بد أن يبين مدة المطالبة بالجواب فيستحق الأجرة بالمطالبة في تلك المدة سواء رد جواباً أم لا.

قال في التقرير: عن ض زيد وصاحب اللمع إذا مزق الكتاب فرد الأجير بعضه فإن كان هو المقصود استحق جميع الأجرة وإن كان المقصود الذي لم يصل لم يستحق شيئاً وإن وصل بعض المقصود استحق بقدره انتهى [١].

مسألة: من استأجر غيره على حفر بئر أو نحوه اشترط لصحة الإجارة تعيين الأرض التي يحفر فيها وبيان قدر الحفر [عرضاً وطولاً] [٢] وعمقاً بذراع معلوم كذراع الحديد لا ذراع رجل معين أو نحوه مما يجوز تعذره.

فلو استأجره بثمانية دراهم على حفر عشرة أذرع طولاً ومثلها عرضاً ومثلها عمقاً فحفر خمسة طولاً وخمسة عرضاً وخمسة عمقاً استحق درهماً فقط إذ لم يعمل إلا ثمن العمل الذي استؤجر عليه فاستحق ثمن الأجرة، بيان ذلك أنك إذا ضربت عشرة في عشرة كانت مائة ثم إذا ضربتها في عشرة كانت ألفاً وإذا ضربت خمسة في خمسة كانت خمسة وعشرين ثم إذا ضربت ذلك في خمسة كانت مائة وخمسة وعشرين، وهي ثمن الألف وهذا حيث استوى باطن الأرض، وظاهرها في المشقة وكانت الإجارة على مجرد الحفر دون رفع التراب فإن اختلفت المشقة فسقطت الأجرة ا[لمسماة] [٣] على حسب أجرة المثل.

قال في الزهور: فإن استأجره على الحفر ورفع التراب فذلك يختلف لأن مشقة الرفع من أسفل أعظم من مشقته من أعلى من حيث أنه يتضاعف فأجرة رفع التراب في الذراع الثاني مثلاً أجرة الذراع الأول والثالث ثلاثة أمثال الأول فكذا يتضاعف، وقد قال في الياقوتة: يستحق أربعة إلا ربعاً من خمسة وخمسين جزءاً انتهى [٤].

[و] [٥] قال في البيان: بعد قوله ولرفع الثالث ثلاثة أسهم ما لفظه " ثم كذلك إلى [الذراع][٦] العاشر فتكون جملة السهام خمسة وخمسين سهماً فإذا حفر خمسة أذرع عمقاً مع كمال الطول والعرض عشرة عشرة كانت حصة الرفع فيها خمسة عشر سهماً وإن حفر

---

1 - التقرير (خ) واللمع (خ)والغيث المدرار ج٣(خ) .
2 - في(ب)"طولاً وعرضاً" بدل مابين المعقوفتين.
3 - الزيادة من(أ) .
4 - الزهور (خ) والياقوتة (خ).
5 - الزيادة من(أ) .
6 - سقط من المخطوط .

خمسة طولاً وعرضاً وعمقاً كانت حصة الرفع [فيها] [١] ربع الخمسة عشر وهي أربعة سهام إلا ربعاً من أصل خمسة وخمسين سهماً" انتهى [٢].

وهو كما ذكر أو لا يخفى وجهه، فالتفريع[٣] عليه فلا يطول بذكر ذلك.

وفي شرح الإرشاد ما لفظه "وفي الإجارة للحفر ويجب على الأجير إخراج التراب المحفور فإن أنهار شيء من جوانب البئر لم يجب عليه إخراجه وإن انتهى [في الحفر إلى موضع صلب أو حجارة فإن كان يعمل فيه المعول وجب حفره وإن لم يعمل فيه المعول أو نبع الماء قبل أن ينتهي] [٤] إلى القدر المشروط وتعذر الحفر انفسخ في الباقي لا في الماضي فيوزع المسمى على ما عمل وما بقي انتهى [٥].

قوله عليلم:" **وَمَنْ خَالَفَ فِي صِفَةِ لِلْعَمَلِ ولو [فِي الْمُدَّةِ]** [٦]**بِلَا اسْتِهْلَاكٍ فَلَهُ الْأَقَلُّ غالباً** "فمن استأجر أجيراً على أن ينسج له [عشر أواقي] [٧] غزلاً عشرة أذرع فنسجها اثني عشر ذراعاً أو العكس أو استأجره على حمل شيء ليوصله إلى موضع معين في ثلاثة أيام فسار أكثر منها أو العكس فقد خالف في صفة العمل في جميع تلك الصور فتستحق الأقل من المسمّى وأجرة المثل، وهذا حيث وقعت المخالفة بلا استهلاك للمعمول ولا لشيء منه، فأما مع الاستهلاك فلا يستحق شيئاً من الأجرة لما استهلكه بل يملكه ويغرم مثله للمالك إن كان مثلياً أو قيمته إن كان قيمياً أو مثلياً وعدم مثله في الناحية فعلى هذا لو استأجر لنسج عشرة أذرع من غزل فنسج منه اثني عشر ذراعاً [٨] لم يستحق للذراعين الزائدين شيئاً من الأجرة بل يملكها ويغرم عوضهما[٩]، والاستهلاك يكون بالنسج لا بالمد ولو التبس أي الطرفين نسجه أو لا احتمل أن يكون ذلك استهلاكاً منه للطرفين ويخير المالك في الوسط واحتمل أن لا يكون استهلاكاً لأنه لم يصدر منه فعل بعد النسج ذكر معنى ذلك في الغيث وغيره [١٠].

---

1 - سقط من(أ) .
2 - البيان لابن مظفر(ج٣/٩٥).
3 - في (ب)"والتفريغ".
4 - سقط من(ب) .
5 - شرح الإرشاد (٤٥٢/١) .
6 - في(ب)"بالمدة" بدل مابين المعقوفتين.
7 - الزيادة من(ب) .
8 - نهاية ورقة ٣١٣ من (ب).
9 - في(ب)"عوضها" .
10 - الغيث المدرار ج٣(خ) .

و قوله: "غالباً" احتراز من أن يخالف الأجير في المدة لتهوين أو عكسه ولم يفت بذلك على المستأجر غرض فإن الأجير يستحق المسمى مطلقاً أو نحو ذلك.

قال في الشرح: وهذه زيادة من المؤلف عليلم، وإنما ترك المؤلف ذكر المستأجر في هذا الموضع بخلاف عبارة[1/] الأزهار لأنه قد تقدم ما يدل عليه من قوله" ويضمن الكل بكل مخالفة وزائد الأجرة غالباً" إذ قد تقدم في شرح ذلك تحقيق المخالفة من المستأجر، وذكر الخلاف والمصحح للمذهب وأيضاً فإن المصحح للمذهب فيما تقدم خلاف ما ذكره الإمام المهدي [عليلم] [٢] هنا فيكون ذكر ذلك هنا يوهم المناقضة لأنه أو جب عليه الأكثر وليس في اللمع والزهور ما يدل عليه، لأن المكتري إن زاد في المدة ضمن للمسمّى المسمّى وللزائد أجرة المثل [وإن خالف في المسافة فإن سلك طريقاً أصعب ضمن أجرة المثل في الكل وإن زاد فيها ضمن أجرة المثل في الكل، وإن زاد فيها ضمن للمسمى المسمى وللزائد أجرة المثل] [٣] وإن حث السير بالحمل فوصل في مدة [قدر] [٤] دون ما عين له ضمن في ذلك أجرة المثل مطلقاً وضمن الحمل إن تلف فقد ذكر هذا المعنى في الزهور وهو أحد احتمالين ذكرهما في الرياض، وصححه المؤلف عليلم كما تقدم والوجه حيث يلزمه أجرة المثل أنه صار غاصباً بالاستعمال لذلك بغير إذن والغاصب يجب عليه أجرة المثل إذ لا يستند إلى عقد بل إلى الانتفاع وإنما وجب في مخالفة الأجير الأقل لأن القياس أنه مستحق[٥] أجرة المثل لكن إن كانت أقل من المسمى فظاهر وإن كانت أكثر من المسمى فالقياس أنه يستحق أجرة المثل لكنه قد رضي بالنقص فيستحقه فعرفت صحة عبارة الأثمار في هذا الموضع وفيما تقدم، وأن المقصود بذكر ذلك هنا لأجل مخالفة الأجير وفيما تقدم لأجل مخالفة المستأجر، انتهى [بلفظه][٦] [٧].

---

1 - نهاية ورقة ٣٠٠ من (أ).

2 - الزيادة من(ب) .

3 -سقط من(أ) .

4 -الزيادة من(أ) .

5 -في(ب) "يستحق".

6 -الزيادة من(أ) .

7 -الجامع في الشرح (خ).

"فَصْــــــــلٌ"

"**ويختص بالفسخ بالعذر** "أي تختص الإجارة من بين سائر العقود بجواز فسخها لأجل العذر الذي يفوت معه الغرض بعقدها وذلك نحو أن يستأجر من يقلع له سناً فبرأ قبل القلع فقد زال العرض[١] بعقد الإجارة وكذا لو أفلس المستأجر قبل تسليم الأجرة أو عرض له عذر عن السفر وقد استأجر له دابة أو خادماً يغلب معه ظن العطب أو الضرر، وكذا لو استأجر داراً وعرض له مانع من الإقامة فيسلم أجرة ما مضى من المدة ، وكذا لو منعه من التجارة أو الحرفة إفلاس أو اضرابٌ عن العمارة بالأساطين وقد استأجر لها إلى العمارة بالحيطان أو أضرب عن الزرع وقد استأجر له أرضاً أو نحو ذلك، فإن هذه الأعذار كلها يصح الفسخ لأجلها ذكره المؤيد.

قال في الروضة: وكلام الهادوية يدل عليه [٢].

وقال في الغيث: قلت وكلام الهادوية أقرب إلى كلام المؤيد وعدم مخالفته ولهذا أطلقناه.

قيل ي: وإنما يكون عذراً إذا تغير عزمه بالكلية عن فعل ذلك الشيء فأما لو لم يتغير عزمه بل أراد أن يستأجر رجلاً [آخر] [٣] فليس هذا عذراً قال وإنما يكون تغير العزم عذراً في حق المستأجر لا في حق المؤجر لأنه قد ملك منافع الغير انتهى [٤].

وإذا أفلس المستأجر أو كان معروفاً بالمطل كان للمؤجر أن يفسخ الإجارة لذلك.

قوله عليلم: " **وَمِنْهُ مَرَضُ مَنْ لَا يَقُومُ بِهِ إِلَّا الْأَجِيرُ** "أي ومن العذر المذكور أن يمرض من لا يقوم به إلا الأجير لتعيينه عليه كلو أجر شخصاً نفسه ثم مرض ولده أو نحو ذلك ولا يجد من يقوم به غيره فإن ذلك يكون عذراً له في فسخ الإجارة ذكر ذلك القاضي زيد [٥].

قيل ع: و[كذا] [٦] إذا احتاج إلى حفظ بيته أو مرضت زوجته في جهة وهو يحتاج إلى التحلل منها أو يكون يلحقه عار إن لم يحضر موتها فإن ذلك يكون عذراً للأجير في فسخ الإجارة فإن أذن له المستأجر أن يشتغل بتلك الأعذار حتى تزول ثم يعود فلعله يكون له ذلك إن كانت المسافة دون البريد فلا يكون للأجير أن يفسخ [٧].

---

1 -في(ب) "العذر".
2 - الروضة (خ) .
3 -الزيادة من(أ).
4 -الغيث المدرار ج٣(خ) .
5 -الجامع في الشرح (خ) .
6 -الزيادة من(ب) .
7 - شرح الأزهار - (٣ / ٢٩٤) .

قوله عليلم: " **والْحَاجَةُ إلى المؤجر أو ثمنه** " أما الحاجة إلى المؤجر فنحو أن يكون داراً فيحتاج إلى سكناها أو عبداً فيحتاج إلى خدمته ولا يجد غيرهما ملكاً ولا بأجرة فإن ذلك يكون عذراً للمالك في فسخ الإجارة على ما اختاره المؤلف عليلم خلاف ما في الأزهار وغيره وقد روي روى عن التلفيق نحو ما ذكره المؤلف عليلم، وأما الحاجة إلى ثمن العين المؤجرة نحو أن يؤجر داراً أو أرضاً ثم يحتاج إلى ثمنها لقضاء دين عليه لا يجده من غير ثمنها زائداً على ما يستثني للمفلس أو لحاجته إلى نفقة نفسه أو من تلزمه نفقته ولا يجد ذلك من غير ثمنها كما تقدم فإن ذلك يكون عذراً له في فسخ الإجارة، أما في الدين فذلك إجماع وأما في النفقة فقياساً على الدين ذكر معنى ذلك في البحر.

قال:" وَلَا تَنْفَسِخُ بِالْبَيْعِ لِغَيْرِ ضَرُورَةٍ إجْمَاعًا إذْ بَيْعُ الْمَنَافِعِ كَالْأَعْيَانِ" انتهى [١].

قوله عليلم: "**وصنع واجب** "أي ومن العذر أن يكون المقصود بعقد الإجارة لا[٢] يحصل إلا مع إخلال بواجب نحو أن يستأجر المرأة أرضاً لتزرعها ثم تتزوج ولا يأذن لها الزوج بالخروج لذلك وكانت عادتها الحضور أو لم يمكنها الاستنابة فإن ذلك يكون عذراً لها في فسخ الإجارة [فأما إذا] [٣] لم تكن عادتها الحضور وأمكنها الاستنابة فإن ذلك لا يكون عذراً لها وكذا[٤] الكلام لو أجرت نفسها ثم تزوجت، وكذا يجوز للأجير الفسخ لكل واجب بمنعه عنه الاشتغال بما استؤجر له من جهاد و[٥] قضاء دين ورد وديعة ونحو ذلك إلا الحج، وأما الأمة إذا أجرت نفسها بإذن سيدها ثم تزوجت فلا فسخ بذلك إذ لا يجب على سيدها تسليمها للزوج تسليماً مستداماً .

تنبيـــــهٌ: فسخ الإجارة لأجل العذر جائز عند العترة والحنفية لأنها إنما شرعت استحساناً نظراً للعباد فلذلك جاز فسخها للعذر [٦].

وقال ش: لا يجوز فسخها للعذر إلا إذا صار معه العمل محظوراً نحو أن يستأجر لقلع السن فتبرأ أو لقطع عضو متآكل فيشفى لا لغير ذلك كما في ساير العقود، وكما لا يجوز فسخها لموت المستأجر [٧].

---

1 - البحر الزخار - (٩ / ٤١٠).
2 -في(ب) "كررت مرتين ".
3 -في(ب)"فإن " بدل مابين المعقوفتين.
4 -في(ب) "و كذلك".
5 -في(ب) "أو".
6 - شرح الأزهار - (٣ / ٢٩٥) .
7 -المرجع السابق و روضة الطالبين (ج٥/ص١٨٥). و مغني المحتاج (ج٢/ص٣٣٧) و الأم (ج٤/ص٣٠) و بداية المجتهد (ج٢/ص١٧٣).

لنا ما تقدم، والموت خصه الدليل كما سيأتي فعلى هذا لو يستأجر[1] الأجير والمستأجر في الفسخ للعذر لم يكن بد من الحكم لأجل الخلاف وإنما عدل المؤلف عليلم عن عبارة الأزهار لإيهامها أن الزوجة لا يجوز لها الفسخ إلا إذا منعها الزوج وليس كذلك بل يكفي عدم الإذن منه، ولأن عبارة الأثمار تناول[2] كل واجب كما تقدم مع اختصار.

قوله عليلم [3/]: " **وَلَا تنفَسِخُ بِمَوْتِهِمَا غَالِبًا** " أي لا تنفسخ الإجارة بموت المتعاقدين ولا بموت أحدهما بطريق الأولى كما لا ينفسخ بذلك البيع والرهن بل تتم الإجارة لورثة من مات منها على المذهب، وهو قول ش وك، وذهب المنصور[4/] وأبو حنيفة وأصحابه إلى أنها تنفسخ بموت أحدهما، وقال أبو طالب بموت المؤجر لانتقال مالكه إلى الوارث والمنفعة حادثة معه فلا يؤخذ ملكه وهي المنفعة إلا بعقده [5].

قلنا: كالوصية بالمنفعة قالوا المستأجر يبطل ذمته بموته فلا يلحقها لزوم الأجرة فتنفسخ.

قلنا: ينتقل إلى التركة كثمن المبيع.

قال في الغيث: وهذا الخلاف في إجارة الأعيان ومن جملتها إجارة الخاص وأما إجارة الأعمال ففي تعليق الفقيه ح لا يجب على الورثة أن يعملوا ولهم ذلك ذكره الفقيهان ل ح، وقال الأمير المؤيد ليس لهم ذلك.

قلنا: ولعل الخلاف إذا قلنا أن للأجير أن يستأجر خلافاً للهادي وأحد قولي أبو طالب، وأما بموت المستأجر فلا تنفسخ إلا بتغير غرمهم انتهى [6].

قال في الشرح: وإنما ذكر ذلك مع أنه قد فهم معنى ذلك من مفهوم ما تقدم[لأنه قد ذكر الأشياء التي تفسخ بها ففهم أن ما عداها لا تفسخ به لأجل الصورة التي في غالباً] [7].

وقوله "غالباً " احتراز من أن يؤجر وقفاً ينتقل بعد موته إلى من بعده بالوقف فإنه يبطل بأجيره ويحترز من الخاص فإنه إذا مات لم يكن لوارثه أن يعمل عمله ولا عليه، وأما

1 -في(ب) "استأجر".
2 -في(ب) "يتناول".
3 - نهاية ورقة ٣١٤ من (ب).
4 - نهاية ورقة ٣٠١ من (أ).
5 -شرح الأزهار - (٣ / ٢٩٥).و التاج والإكليل (ج٥/ص٤٣٢) والأم (ج٤/ص٣٠) و مغني المحتاج (ج٢/ص٣٥٥). و بداية المجتهد (ج٢/ص١٧٣) و البحر الرائق (ج٨/ص٤١).
6 - الغيث المدرار ج٣(خ) .
7 -سقط من(أ) .

المستأجر له فلا تبطل الإجارة بموته ويحترز من الأجير المشترك فإنه إذا مات لم يلزم ورثته العمل بل يحوز لهم الفسخ انتهى [١].

قوله عليلم: " **وَلَا بِجَهْلِ [قَدْرِ]** [٢] **نحو كِتَابٍ ومَسَافَةِ جِهَةٍ ذكرَ فيه مشهور اللقب لنحو البَرِيدِ وَالنَّاسِخِ** " فمن استأجر بريداً إلى موضع له لقب مشهور أو نساخاً على نساخة كتاب مشهور سماها وكان الأجير لا يعرف تفصيل قدر ذينك الكتاب والمسافة إلى ذلك الموضع فإن ذلك يصح ولا [يكون] [٣] للأجير أن يفسخ الإجارة لجهله مقدارهما كما ليس للبائع أن يفسخ بيع أرض مسماه أو محدودة وإن جهل قدرها، وَقِيلَ : بَلْ تَفْسُدُ لِلْجَهَالَةِ ، حكاه في البحر [٤].

قال في الشرح: [و] [٥] أراد بنحو الكتاب نسج هذا الغزل أو غزل هذا القطن أو[٦] كذا رطلاً وهو جاهل هل لذلك وأراد بنحو البريد المؤخر لعبده أو[٧] بهيمته ونحو ذلك وإنما حذف قوله في الأزهار في أول الفصل "وَلِكُلٍّ مِنْهُمَا فَسْخُ الْفَاسِدَةِ الْمُجْمَعِ عَلَى فَسَادِهَا بِلَا حَاكِمٍ "[٨] لأنه قد فهم معنى ذلك من قوله، وينعكس أحكام الصحيحة لأن الصحيحة لا تفسخ [بعين لغير سبب إلا بالتراضي] [٩] قال وقد فهم أيضاً معنى من جعل الإجارة كالبيع انتهى[١٠].

تنبيـــــهٌ: إذا أشترط المستأجر أو المؤجر فسخ الإجارة متى شاء صح الفسخ لأن هذا الشرط يوجب فساد الإجارة لأن مدتها تكون مجهولة وإذا فسدت كان لهما الخيار بين المضي فيها[١١] وبين الفسخ .

قيل ع: ولا يحتاج[١٢] إلى حكم [حاكم] [١٣] ولا تراض كما تقدم وقد تقدم الخلاف في الفاسدة هكذا في الغيث [١٤].

---

1 -الجامع في الشرح (خ).
2 -الزيادة من (أ) .
3 -الزيادة من(أ).
4 - البحر الزخار (٩ / ٤١٣) .
5 -الزيادة من(أ).
6 -في(ب)"و".
7 -في(ب)"و".
8 -الأزهار (١ / ١١٩).
9 -سقط من(ب).
10 -الجامع في الشرح (خ).
11 -في(ب)"عليها".
12 -في(ب)"و لا يحتاجان".
13 -الزيادة من(أ).
14 - الغيث المدرار ج٣(خ) .

مسألة: وَيَصِحُّ تَأْجِيرُ الْوَقْفِ عند الأكثر خلاف بعض الشافعية قالوا الرقبة ملك لله فالمصرف كالمستعير، قلنا: بل كالمستأجر لملكه المنفعة.

فـــــرعٌ: وَحَيْثُ الْمُتَوَلِّي لَهُ غَيْرُ الْمُصَرِّفِ لَا يَبْطُلُ تَأْجِيرُهُ بِمَوْتِهِ وَلَا بِمَوْتِ مُسْتَحِقِّ الْغَلَّةِ، لَكِنْ يَنْتَقِلُ اسْتِحْقَاقُ الْأُجْرَةِ إلى مَنْ انْتَقَلَ إلَيْهِ استحقاق المنفعة، وأما حيث المتولي هو المصرف[1] فوجهان:

أصحهما يبطل فيما ينتقل بالوقف لا بالإرث، وقيل: لا يبطل إذ هو عقد صدر من أهله وصادف محله.

قلنا: استحق من المنافع من بعده لا من جهته بل من جهة الواقف بخلاف ما انتقل بالإرث.

فـــــرعٌ: وإذا كان المتولي غير المصرف لم يصح أن يؤجر الوقف بغبن فاحش كما في البيع فإن فعل نقض، وكذا لا يصح أن يؤجره بقدر مع وقوع الطلب بالزيادة كما سيأتي، فَإِنْ عَقَدَ بِقَدْرٍ ثُمَّ طَلَبَ بِأَكْثَرَ لَمْ يُنْقَضْ وَإِنْ فَحُشَ الْغَبْنُ لِتَأْدِيَتِهِ إلى أَنْ لَا تَسْتَقِرَّ عقُودُ الْوُلَاةِ .ذكر معنى ذلك في البحر وغيره [2].

وقيل ل: بل ينقض لذلك وإن كان المتولي يعلم أو يظن أنه إذا ظهر العقد حصلت الزيادة فلم يفعل فيه وأجره بأجرة مثله أثم وصحت الإجارة، قيل ذكره المؤيد [3].

فائــــدةٌ: إذا شرط المستأجر على الأجير المشترك أنه إن لم يتم عمله كله فلا أجرة له على ما عمل، أو شرط على الأجير الخاص أنه إن لم يتم جميع مدة[4] الإجارة فلا أجرة له، أو شرط الخاص على المستأجر أنه إن فسخ الإجارة قبل تمام المدة فله عليه الأجرة كلها، فإنه يصح العقد والشرط في جميع ذلك على قول أبي حنيفة والمذاكرين [5]، وعلى قول المؤيد والشافعي يفسد العقد لأن ذلك خلاف موجبه [6].

فــــرع: وتصح المعاطاة في المحقرات اتفاقاً وفيما عداها الخلاف كما في البيع والله أعلم .

---

1 -في(ب)"المتصرف".

2 - البحر الزخار (٩ / ٤١٤) .

3 - البيان لابن مظفر (١٢٧/٣) .

4 -في(ب)"المدة".

5 - المبسوط للسرخسي (ج١٥/ص١٢٠) و بدائع الصنائع (ج٤/ص١٩٥).

6 -البيان لابن مظفر (٩٣/٣) .

"فَصْـــــــلٌ"

" **ولَا يَسْتَحِقُّ الْمُتَبَرِّعُ أجرةً** " فلو عمل إنسان عملاً لآخر من غير أمره لم يستحق عليه أجرة ولو رضي المالك بعمله إذ هو متبرع بذلك وكذلك الزوجة إذا عملت لزوجها عملاً من غير أمره لم يستحق ولو طلقها.

قوله عليلم: " **بل للأَجِير حَيْثُ عَمِلَ عَنْهُ** "يعني بل يستحق الأجير الأجرة حيث عمل المتبرع عنه فأما لو عمل المتبرع لاعن الأجير لم يستحق أيهما شيئاً من الأجرة.

مثاله: أن يستأجر المالك إنسانا على خياطة ثوب فخاطه غير الأجير لا بأمره ولا بنية كون العمل عنه فإنه لا يستحق العامل ولا الأجير شيئاً من الأجرة ولو كان العامل هو المالك أو مأموره لأن العامل متبرع ولأجير لم يعمل شيئاً فيستحق عليه أجرة وإنما حذف المؤلف عليلم قوله في الأزهار " وتَنْفُذُ مَعَ الْغَبْنِ الْفَاحِشِ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ فِي الصِّحَّةِ وأَلَا فَالْغَبْنُ مِنْ الثُّلُثِ "[1] لأنه مع الصحة لا حجر عليه فيصح عليه الغبن والتبرعات، وأما مع المرض المخوف فهو ممنوع التبرعات فلا يصح عليه الغبن إذ هو تبرع وجميع ذلك معروف من مواضعه فلا حاجة إلى ذكره هنا ثم أنه لا ينبغي إطلاق القول بأن الغبن من الثلث إذ قد يكون المؤجر مستغرقاً بالدين فلا يصح عله الغبن أصلاً .

قوله عليلم:" **ولا نحو الأجير حيث بَطَلَ عَمَلُهُ أو خالف فيؤجر ولا أجرة غالباً** "فإذا بطل عمل الأجير في يده قبل تسليمه إلى المستأجر لم يستحق أجرة نحو أن يستأجر على قصارة ثوب فقصره ثم ألقته الريح في صبغ قبل أن يسلمه إلى المالك فإنه لا أجرة له إذ لم يسلم العمل على ما وقع عليه عقد الإجارة، وأراد بنحو الأجير الدابة حيث جمحت فردت المستأجر لها لا لسوء ركوبه فإنه لا أجرة لها مع ذلك لأنها أبطلت عملها فلم يكن له أجرة ونحو ذلك.

قال في الغيث: وهل [٢/] للمالك أن يضمنه قيمة الثوب بنظر فإن كان الريح غالباً لم يضمنه وإلا كان له الخيار كما سيأتي ولا يضمن الصبغ إذا كان للغير سواء كانت الريح غالبة أم لا، ذكر ذلك الفقيه س في تذكرته وهو قوى ذكره[٣/] أبو مضر.

وقال الأستاذ: يباع الثوب فيأخذ رب الثوب قيمته وصاحب الصبغ قيمة الصبغ، وقال أبو مضر: المراد بذلك إذا رضي صاحب الثوب وإلا [أخذه] [٤]

---

1 -الأزهار - (١ / ١٢٠).

2 - نهاية ورقة ٣١٥ من (ب).

3 - نهاية ورقة ٣٠٢ من (أ).

4 -الزيادة من(أ).

فلا[١] شيء عليه انتهى [٢].

وقوله: "أو خالف" يعني أو خالف الأجير في العمل فعمل غير ما وقع عليه العقد نحو أن يستأجره على أن يصبغ الثوب بالحمرة فصبغه بالسواد أو نحو ذلك فإنه لا يستحق أجرةً لأنه لم يأت بالمقصود ولا بعضه.

وقوله" فيؤخذ ولا أجرة " معناه فيأخذ الثوب مالكه بلا شيء للأجير من الأجرة.

وقوله "غالباً" احتراز من أن يقع بالمخالفة نقص المعمول فيه فوق نصف قيمته فإنه لا يؤخذ حتماً بل يثبت الخيار للمالك إن شاء أخذه وأرش النقص وإن شاء ضمن الأجير قيمته قبل الصبغ وإن كان النقص النصف فما دون فلا خيار له بل يأخذ الثوب مع الأرش هكذا اختار المؤلف عليلم هذا التفصيل، وقد ذكره غيره وظاهر كلام أهل المذهب الإطلاق لأنه قال في الغيث: ما لفظه "وله الخيار إن شاء أخذه وأرش ما نقص إن كان فيه نقصان، وإن شاء ضمنه قيمة الثوب قبل الصبغ نص عليه الهادي عليلم وهو قول أبي حنيفة في المجموع انتهى[٣].

قال في الشرح: ويحترز أيضاً من المقصور إذا ألقته الريح يعني في صبغ وهي غير غالبة ونحو ذلك، فإنه لا يتحتم عليه أخذه بل يخير على قول الهادي عليلم بين أخذ الثوب أو قيمته إن كان مما يتعلق به أعراض الناس، وعلى قول المؤيد يأخذه وأرش نقصانه وإن كان مما لا تتعلق به الأعراض فإن كان النصف فما دون فليس للمالك إلا أخذه مع أرش النقصان وبين أخذ قيمته كاملة ذكره الصعيتري [٤].

قال ابن مظفر في تعليقه على التذكرة: "ويخير بين أخذ قيمته قبل القصارة ولا أجرة أو قيمة بعد القصارة مع الأجرة يعني ويسلم الأجرة للأجير" انتهى [٥].

ومثله في البيان قال فيه: "والريح الغالبة هي التي لا يمكنه حفظ الثوب منها لو حضر حال حدوثها وذلك نادر.

وقال فـــــرعٌ: فلو كانت الثياب كثيرة وهو لو حضر عندها لم يمكنه أن يحفظ إلا ثوباً منها.

---

1 -في(ب)"فلاشيء".

2 -الغيث المدرار ج٣(خ) .

3 - المرجع السابق و المبسوط للسرخسي (ج١٥/ص٩٧).

4 -الجامع في الشرح (خ) وشرح الصعيتري (خ).

5 - البيان لابن مظفر(ج٣/١١٩) .

قيل[١] ف: إن هذا واجب مخير فيضمن أي الثياب شاء لمالكه كما أنه لو حضر لكان مخيراً في حفظ أيها شاء وباقيها لا يضمنه لأنه لا يمكنه حفظها كلها في حالة واحدة، وهكذا في الراعي إذا كثرت عليه الذئاب في حالة واحدة والحامي إذا كثرت عليه الطير أو الجراد في حالة واحدة بحيث يمكنه حفظ البعض دون البعض قال ولعله يقال أنه يضمن قيمة الأكثر مما يمكنه حفظه ويقسطها بين أرباب الثياب أو الغنم أو الزرع لكل بقدر قيمة حقه[٢].

قوله عليلم:" **وَتَلْزَمُ مَنْ رُبِّيَ فِي غَصْبٍ متصرفاً أَوْ حُبِسَ بالتخويف ويرجعان** " فإذا ربي الطفل في موضع مغصوب وقد صار متصرفاً يمشي في ذلك الموضع أو ندب فيه فإن الأجرة تجب في ماله، وإن لم يصر مميزاً يعقل النفع من الضر، ذكره علي خليل وصححه الفقهاء ح ل ي واختاره المؤلف عليلم [٣].

وقال أبو مضر: إنما يلزمه الأجرة حيث صار مميزا وسواء كان عالماً بغصب الموضع أم جاهلاً لأن المنافع كالأعيان في الضمان، قال والقياس أنه يضمن من حيث أنه أتلف المنافع لكن لما يكن له رشد ومعرفة بالنفع والضرر أوجبنا الضمان على من رباه هذا كلام أبي[٤] مضر، وهو الذي بنى عليه المهدي عليلم في الأزهار [٥].

فأما إذا كان الصبي في المهد غير مميز ولا متصرف فلا أجرة عليه اتفاقاً بل على المربي له وكذا من حبس في موضع مغصوب فإنها تلزمه الأجرة حيث حبس بالتخويف من الخروج فقط لا حيث أوثق بالقيد الذي لا يمكنه معه الخروج فإن الأجرة تكون على حابسه وحيث تجب الأجرة على الطفل والمحبوس بالتخويف فإنهما يرجعان على المربي والحابس بما لزمهما إذ هو غرم لزمهما بسببهما على ما ذكره الفقيه ل ورجحه [المهدي] [٦] عليلم في الغيث،[٧] وقواه المؤلف عليلم ولذلك صرح به في قوله ويرجعان.

وقيل ع: لا يرجعان بالأجرة لأيهما قد استوفيا ما في مقابلتها[٨][٩].

---

1 -في(ب)"فقيل".
2 - البيان لابن مظفر (ج١٢٠/٣) .
3 - شرح الأزهار - (٣ / ٢٩٩) .
4 -في(ب)"أبو" والصحيح ما أثبته.
5 - شرح الأزهار - (٣ / ٢٩٩) .
6 -الزيادة من(أ).
7 - الغيث المدرار ج٣(خ) .
8 -في(ب)"مقابلها".
9 - المرجع السابق.

قال في الغيث: وهذا على أصل المؤيد وأما على أصل الهادوية فعندهم أن المكره آلة للمكره، ولهذا قالوا القود على المكره فيأتي هنا أن الكراء على الحابس في الوجهين جميعاً انتهى [١].

وكذلك يكون الكلام في المربي كما تقدم .

قوله عليلم: "**وَمُسْتَعْمِلٍ نحو الصَّغِيرُ فِي غَيْرِ مُعْتَادِ**" المراد بالمعتاد ما يتسامح بمثله في العادة نحو مناولة الكوز ومناداة إنسان[٢] غير بعيد ونحو ذلك، وأما ما لا يتسامح بمثله فيلزم فيه الأجرة على مستعمل الصغير وسواء كان حراً أم عبداً مكرهاً أم مختاراً، ولو كان المستعمل له أباه فإن الأجرة تلزمه إذا أستعمله زائداً[٣] على ما يتسامح بمثله، وأراد بنحو الصبي المجنون، وإنما حذف المؤلف[عليلم] [٤] قوله في الأزهار" وَلَوْ أَبًا "[٥] لاستفادة وذلك من عموم قوله ومستعمل نحو الصغير، وأما المهدي عليلم فإنما ذكر ذلك في الأزهار إشارة إلى ما في التخريجات من أن الأب إذا أستعمل ولده الصغير في خدمة البيت لم تلزمه الأجرة، وأما في غير ذلك فتلزمه، [٦] وعن الفقيه س أنه إذا أستعمله فيما تهذب به أخلاقه وتصلح له أحواله فلا أجرة [٧].

قوله عليلم: " **وَيَقَعُ عَنْهَا إِنْفَاقُ الْوَلِيِّ بِنِيَّتِهَا ولو متقدمة م [بالله]** [٨] **وَلَوْ أَبًا** "إنما عدل المؤلف عليلم عن عبارة الأزهار لإشكالها وحاصل ما حققه المؤلف عليلم في ذلك أن المستعمل للصغير في غير المعتاد إذا أنفقه ناوياً للنفقة عما عليه له من الأجرة إن لم يكن له ولاية على الصغير لم يسقط عنه أجرته ولا يستحق عليه عوضا عما أنفقه إذ هو متبرع بإنفاقه، وإن كانت له ولاية على الصغير فإن كان غير أبيه صحت نيته، ووقعت النفقة عما عليه من الأجرة اتفاقاً، وسواء قارنت النية أم تقدمت، وأما إذا كان المستعمل المنفق هو الأب فكذلك على أصل المؤيد، لقوله بأن نفقة الصغير من ماله إن كان له مال، وأما أصل قول الهادي [عليلم] [٩] فلا يصح وذلك لقوله [١٠/] بأن نفقة الصغير على أبيه ولو كان

---

1 - المرجع السابق.
2 -في(ب)"الإنسان".
3 -في(أ)"زايد".
4 -الزيادة من(أ).
5 - الأزهار - (١ / ١٢٠).
6 - شرح الأزهار - (٣ / ٣٠٠) .
7 -البيان لابن مظفر (٦٧/٣).
8 -الزيادة من(ب).
9 -الزيادة من(أ).
10 - نهاية ورقة ٣١٦ من (ب).

الصغير موسرا فلا يصح أن ينفقه بنية ما عليه من الأجرة [لأنه خلاف المصلحة][١]، وأما[٢/] على قول المهدي عليلم في الغيث:" ولو كان أباً وتبقى نفقته ديناً في ذمته كنفقة الزوجة لاشتراكهما في أنهما يلزمان المعسر"[٣] .

فكلامه هذا مبني على الفرق بين الابن الصغير وبين سائر الأقارب في أن نفقته لا يسقط بالمطل كغيره لما ذكره من القياس على نفقة الزوجة بجامع لزومهما للمعسر ولو كان الزوجة والولد موسرين، ولا يضمن[٤] على ذلك للهادوية.

قال في شرح النجري: وعلى ذهني لبعض المذاكرين أن النفقة تسقط ويأثم من غير فصل والله أعلم [٥].

قوله عليلم :" **ومُسْتَعْمِلَ الْكَبِيرِ مُكْرَهًا**" أي وكذلك تلزم الأجرة من استعمل آدمياً كبيراً إذا أكرهه على العمل أو لغيره وكان ذلك العمل لمثله أجرة.

قال في الغيث: "لأن المنافع كالأموال ذكره أصحابنا" انتهى [٦].

وأما إذا كان مختاراً فإنه يرجع إلى عادته في العمل بالأجرة أو مجاناً فإن لم يكن له عادة أو اختلفت، ولا غالب فيها أو التبس حاله فلا أجرة له، خلاف أبي مضر وأحد قولي م بالله [٧].

قوله عليلم " **والْعَبْدِ كالصَّغِيرِ**" يعني في أنه إذا أستعمله غير مالكه برضاه في المعتاد لم يلزمه أجرة كمن أتلف ما لا قيمة له، وأما حيث أستعمله في غير المعتاد فيلزم أجرته، وأما الكلام في ضمان رقبته فقد بينه المؤلف عليلم بقوله " **وَيُضَمَّنُ الْمُكْرَهُ غالباً** " فمن أكره عبد غيره على عمل له أو لغيره فتلف تحت ذلك العمل ضمنه المكره له سواء كان العبد مأذوناً أم محجوراً صغيراً أم كبيراً انتقل أم لم ينتقل، وسواء استعمله في كبير أم يسير لأن الإكراه إثبات يدٍ عارية فيلزم الضمان.

وقوله:"غالباً" احتراز مما إذا كان العبد غير مأذون واستعمله فيما ينتقل فيه وكان ذلك برضا العبد فإن المستعمل يضمنه لأنه صار غاصباً له بانتقاله عن أمره، وهذا الاحتراز من مفهوم قوله " وَيُضَمَّنُ الْمُكْرَهُ " إذ مفهومه أن غير المكره لا يضمن ولو انتقل ولو كان

---

1 -مابين المعقوفتين في(ب) سقطت من المتن واستدركت في الحاشية. وهي زيادة على (أ).
2 - نهاية ورقة ٣٠٣ من (أ).
3 -الغيث المدرار ج٣(خ) .
4 -في(أ)"و لانص".
5 - شرح النجري (خ) .
6 - الغيث المدرار ج٣(خ) .
7 - المرجع السابق.

محجوراً، وأما حيث استعمله وهو في مكانه لم ينتقل فإنه لا يضمنه لأنه لم يثبت يده عليه بالإكراه ولا ينقل، وهذا على أصل الهدوية، وأما على أصل المؤيد فالغصب عنده إنما يكون بثبوت اليد، وهاهنا لم يثبت فلا يضمنه المستعمل له بمجرد انتقاله في العمل، وأما حيث تبرع العبد بالعمل من غير أمر، فقال المؤيد: في الزيادات لا يلزم المعمول له شيء من الأجرة لأن العبد هو الذي أتلف منافع نفسه ولم يجر من المعمول له غصب ولا ما يجري مجراه، وقال في الإفادة: تلزمه الأجرة [١].

قال أبو مضر: والأصح ما ذكره في الإفادة وصحح في الغيث كلام الزيادات [٢].

" مَسْأَلَةٌ " وَمَنْ اسْتؤجرَ عَلَى عَمَلٍ فِي مَغْصُوبٍ فَالْأُجْرَةُ عَلَى الْآمرِ[٣] إنْ جَهِلَ الْمَأْمُورُ ، وذلك اذ[٤] قَدْ سَلَّمَ الْعَمَلَ لَا على الْمَالِكِ ، إذْ لَا أَمْرَ مِنْهُ ، فَإِنْ عَلِمَ الْأَجِيرُ فَمُتَبَرِّعٌ .

وَلِلْمَالِكِ الرُّجُوعُ بِنُقْصَانِ الْعَيْنِ عَلَى أَيِّهِمَا شاء إنْ نَقَصَتْ ، [لِضَمَانِهِمَا] [٥] ، وَالْقَرَارُ عَلَى الْآمرِ مَعَ جَهْلِ الْأَجِيرِ، إذْ غَرَّهُ ، ذكره في البحر [٦].

مسألة:" من دفع إلى خياط ثوباً ليجعله قميصاً أو نحوه فقطعه فلم يكمل قميصاً فلا ضمان على الخياط، وكذا لو قال له أهو يأتي قميصاً فقال نعم فقال أقطعه فقطعه ولم يكمل، فأما حيث قال قطعه إن كان يأتي قميصاً فقطعه ولم يكمل فإن المالك يخير عند الهدوية بين أخذه من دون أرش وبين أخذ قيمته قبل تقطيعه، وعند المؤيد يأخذه مع أرش التقطيع من دون تخيير ذكر [معناه] [٧] في البيان وغيره [٨].

---

1 - الإفادة (خ).
2 -شرح أبي مضر (خ) .
3 -في(أ)"العامل " وفي البحر ما أثبت.
4 -في(ب)"ان ".
5 -سقط من المخطوط .
6 -البحر الزخار - (٩ / ٣٨٢) .
7 -في(ب)" معنى ذلك "بدل مابين المعقوفتين.
8 - البيان لابن مظفر (١٢١/٣) .

"**فَصْـــــلٌ**"

[من أحكام الاستئجار والعمل والأجرة]

"**وقد يجب الاستئجار والعمل حيث يكون أصل الوجوب على المستأجر ويتعين الأجير كحفر قبر أو نحوه**" هذا الفصل يتضمن ذكر أحكام من أحكام الاستئجار والعمل والأجرة فمنها أن الاستئجار والعمل قد يكونان واجبين وتحل مع ذلك الأجرة وذلك فيما ذكره المؤلف عليلم فيجب على الوصي أو الوارث، أو ذي الولاية أن يستأجر من يحفر قبراً للميت[١] المسلم، ويجب على الأجير القبول والحفر حيث لا يوجد غيره أو امتنع غيره إذ هو حينئذ فرض كفاية، وأراد بنحو الحفر تقريب الأحجار والماء وحمل الميت وإنما حل أخذ الأجرة [هنا وإن لم تحل] [٢] على نفس الغسل على الأصح لما ذكره المؤلف عليلم من أن أصل الوجوب على غير الأجير .

قال في الشرح: وهذه قاعدة صحيحة مطردة ولهذا [قال الفقيه س] [٣] ولأن ذلك ليس بعبادة محضة بدليل صحة الحفر من الكافر والصبي وهذا أولى من التعليل المروي عن المؤيد بأنه لا يتعين موضع يجب حفره إذ يلزم منه تحريم الأجرة لو عينه الميت ذكره الفقيه ح [٤].

قوله عليلم:" **ويندبان في المندوب منهما** " أي ويندب الاستئجار والعمل فيما يندب من المستأجر والأجير كليهما، و ذلك نحو أن يستأجر الحاج بعد الرمي من يحلق رأسه أو يقصره فإن الاستئجار والعمل مندوبان منهما وتحل الأجرة للأجير [ونحو ذلك] [٥].

قوله عليلم:" **ويكرهان**[٦] **كذلك** "أي الاستئجار والعمل على ما يكره من الأعمال من جهة المستأجر والأجير وذلك نحو أن يستأجر حجاماً ليحجم له وهو صائم وهي تضعفه فإن الاستئجار وعمل الحجام هاهنا مكروهاً وكذلك الأجرة يكره أخذها وكذا لو استأجر من يوصيه لغير عذر ونحو ذلك .

---

1 -في(أ)"لميت ".
2 -في(ب)"وهنا لم تحل "بدل مابين المعقوفتين.
3 -في(ب)"قيل س " بدل مابين المعقوفتين.
4 -الجامع في الشرح (خ).
5 -الزيادة من(ب).
6 -في(ب)"فيكرهان ".

قوله عليلم:" **عن ق**[1] **أو فاسد** "معناه أنه يكره الاستئجار والعمل حيث يكون عقد الإجارة فاسداً على ما روي عن القاسم حيث أطلق الكراهة في أجرة السمسار وهو الدلال ونحوه، فقال أبو طالب أن ذلك لأجل فساد عقد الإجارة.

قال: ولهذا قال القاسم عليلم إلا أن يستأجره بأجرة معلومة [على شيء معلوم] [٢].[٣] والكراهة هنا للتنزيه.

قال في الشرح: وهذا اختيار من المؤلف عليلم أن الأجرة هنا مكروهة كذلك، وأن ذلك هو مراد القاسم عليلم.

وقال ض زيد:" بل لكونهم يأخذون على العادة فتكون الكراهة للحضر لأنه لا يحل ما أراد على أجرة المثل في الإجارة الفاسدة إلا بطيبة نفس المعطي مع علمه بعدم وجوبه [٤].

قال في الغيث: والأولى عندنا أن يقال إن امتنع العامل من [٥/] العمل إلا بها وعقدا عقداً صحيحاً حلت [له] [٦] من غير كراهة وإن شرطها من غير عقد وأعطاه إياها وفاء بالوعد لا خوفاً من لسانه حلت [له] [٧] أيضاً وإن لم يشرط وأعطاه إياها في مقابلة[٨] العمل تكرما حلت [له] [٩] وإن أعطاه إياها خوفاً من لسانه حرم الزائد على أجرته انتهى [١٠].

قوله عليلم:" **ويحرمان في الواجب والمحظور عليهما أو على أحدهما غالباً** "أي يحرم الاستئجار والعمل فيما هو واجب عليهما أو على أحدهما وفيما هو محظور عليهما أو على أحدهما.

قال في الشرح: أما الواجب عليهما فهو استئجار الوارث من يصلي صلاة الجنازة على مورثه فيحرم الاستئجار والصلاة لأنها قد اختلت عدالة الأجير إذ الصلاة واجبة عليهما وتحرم الأجرة أيضاً وكذا الكلام على[١١] غسل الميت.

---

1 -رمز للقاسم عليه السلام.
2 -الزيادة من(أ).
3 - تحرير أبي طالب - (٢ / ٦٨) .
4 - الجامع في الشرح (خ) .
5 - نهاية ورقة ٣١٧ من (ب).
6 -الزيادة من(ب).
7 -الزيادة من(ب).
8 -في(ب)"مقابل".
9 -الزيادة من(ب).
10 - الغيث المدرار ج٣(خ) .
11 -في(ب)"في".

قال: ومثال الواجب على أحدهما أن يستأجر من يرى أن غسل الميت الفاسق مباح من يرى أنه واجب فإن الاستئجار والعمل يحرمان لأنه على واجب عند الأجير فتحرم الأجرة ونحو ذلك، ومثال المحظور عليهما كالغناء واستعمال [واستئجار] [1] البغية والكاهن ونحو ذلك، حيث يتفق المذهب فإنه يحرم الاستئجار [والعمل ،ومثال المحظور على أحدهما أن يستأجر الشافعي هادوياً على ذبح الخيل فإنه يحرم الاستئجار والعمل] [2] لكون العمل محظوراً كذلك عند الأجير وكذا تحرم الأجرة، ومن ذلك الاستئجار على ما يحصل به مباشرة للنجاسة والترطب بها فإنه لا يجوز الاستئجار على ذلك ويحرم أخذ الأجرة عليه.

قال فيه وقوله "غالباً" احتراز من استئجار الإمام للمجاهدين على الجهاد فإنه يصح إذا لم يتمكن من حمل المجاهدين على الجهاد إلا بالأجرة وكذا المشهود له إذا لم يتمكن من الوصول إلى حقه إ لا ببدل مال للشاهد فإنه يجوز الاستئجار والعمل، ويحترز من استئجار الخاطب الولي على العقد حيث يجب فإنه يحل الاستئجار والعمل ويحرم الأجرة إن امتنع إلا بها انتهى [3].

قوله عليلم :" قوله عليلم "**ويباح ما عدى ذلك** " أي يباح من الاستئجار والعمل ما عدا ما تقدم ذكره، وهو ما لم يكن فيه واجباً ولا مندوباً ولا مكروهاً ولا محظوراً، وذلك كالشاهد إذا لم يجب عليه أداء الشهادة، وهو حيث لا يخشى فوت الحق أو لم يجب الخروج كفوق البريد إذ يصح أن يرعى .

قيل ف: فلو كان في قصاص لم يجز له أخذ الأجرة يعني لأنه لا يصح الادعاء وكذا في الحدود، قيل وكذا يحل الأجرة حيث شرط عند التحمل أن لا يخرج من البلد أو لم يتحمل وإنما رأى أو سمع ما يوجبها فيجوز الاستئجار والعمل والأجرة ذكر [ما يتضمن معنى][4]جميع ذلك في الشرح [5].

قوله عليلم:" **ولا يختلف حكم الأجرة إلا في الرابع** "أي لا يختلف حكم الأجرة في الحل والتحريم إلا في الوجه الرابع وهو الذي يحرم فيه الاستيجار والعمل ففي بعض الصور يحل للمستأجر تسليم الأجرة ويحل للأجير قبضها، وذلك كالشهادة حيث طلب من الشاهد الخروج إلى خارج البريد، وفي بعض الصور يحل للمستأجر تسليمها، ولا يحل للأجير قبضها وذلك كتسليم الإمام للمجاهدين أجرة وقد تقدم تفصيل ذلك في شرح قوله غالباً.

---

1 -الزيادة من(ب).
2 -الزيادة من(ب).
3 - الجامع في الشرح (خ).
4 -الزيادة من(ب)" معنى ما يضمن " بدل مابين المعقوفتين.
5 -المرجع السابق.

وأما الأول والثاني والثالث والخامس فلا يختلف فيها حكم الأجرة بل يجوز في الأول والثاني، ويكره في الثالث ويباح في الخامس على ما تقدم تفصيله وهذا التقسيم الذي ذكره المؤلف عليلم في الأثمار في غاية الصحة والاستقامة، وقد أشار في الزهور إلى نحوه حيث قال" وحاصل المسألة أنّ المتكلم فيه لا يخلو إما [أن] [1] يكون واجباً أو مندوباً أو مباحاً أو مكروهاً أو محظوراً إن كان محظوراً لم يجز أخذ العوض عليه سواء كان مشروطاً أم[2] غير مشروطٍ، وسواء تقدم [أو تأخر] [3].

قيل [ح] [4] :لأنه حسن في مقابلة قبيح بقبيح، وإن كان مندوباً أو مباحاً أو مكروهاً جاز العوض بشرط أو بغيره، سواء تقدم أم تأخر لكنه يكره على العمل المكروه كالشَّعْبَذَةَ[5] وإن كان واجباً، فأما أن يكون مشروطاً أم لا إن كان مشروطاً فأما أن يكون عبادة أم لا إن كان عبادة لم يجز كالصلاة على الميت والأذان، وإن كان غير عبادة فإن تعين لم يجز وإن[6] لم فأحد احتمالي ط والمؤيد أنه لا يجوز.

قيل ح: وهو الصحيح وأحد احتمالي ط الجواز في غير الحكم.

قال: وإن لم يكن مشروطاً فأما أن يكون متقدماً أم[7] متأخراً إن كان متقدماً فرشوه وسيأتي حكمها، وإن كان متأخراً جاز لأنه من المجازاة بالجميل انتهى باختصار بعض لفظه[8].

تنبيـــــهٌ: المال المأخوذ في مقابلة الواجب أو المحظور يقع على أربعة أوجه:

الأول: أن يصرح بذلك ويعقد عليه نحو أن يقول أعطيتك هذا المال على أن تصلي على الميت، أو على أن تؤذن، أو على التمكين من الزنا أو على الحكم بواجب أو محظور، أو ما أشبه ذلك، فإن الأخذ للمال في ذلك لا يملكه، ولا يجوز له التصدق به بل يجب رده إلى الدافع لأن هذا الشرط منع من وقوع الملك له ولأن الشرط الذي في مقابلة المال إذا كان حراماً كان المال حرماً فإذا لم يرده إلى الدافع صار حكمه في يده حكم الغصب إلا في

---

1 - الزيادة من(ب).
2 - في(ب)"أو".
3 - سقط من(ب).
4 - الزيادة من(أ).
5 - هي لعب يرى الإنسان منه ما ليس له حقيقة كالسحر(المصباح المنير- (١ / ١٦٤).
6 - في(ب)"فإن".
7 - في(ب)"أو".
8 - الزهور (خ).

الأربعة الأوجه التي تقدمت في البيع الباطل، وهو أنه[1] يطيب ريحه ويبرأ من رد إليه ولا يتضيق الرد إلا بالطلب ولا أجرة إن لم يستعمل .

الوجه الثاني: أن يضمرا الواجب أو المحظور ولا يصرحا به بل يعقدا على مباح حيلة في التوصل إلى المحظور أو الواجب نحو أن يستأجرا لبغية أو نحوها للخدمة وفي ضميرهما المحظور أو يعقدا على أمر مباح، وفي ضميرهما الواجب كالحكم بالحق أو الشهادة به فحكى أبو مضر عن الحقيني أن المال في هذا الوجه كما في الوجه الأول لأن الاعتبار بالقصد لا بظاهر العقد كما ذكره الهادي عليلم في بيع الشيء، بأكثر من سعر يومه لأجل النسا.

قال: وسواء كانا مظهرين أم[2] مضمرين فجعل المظهر كالمضمر فيكون المال في يد الآخذ في هذا الوجه كالغصب إلا في الأربعة كما في الوجه الأول سواء وهذا الذي بنى عليه المهدي عليلم في الأزهار، وعلى القول الصحيح للمؤيد، وبه قال الإمام ي أن الحكم للعقد لا للضمير فيملك الأخذ الأجرة وتطيب له ولا يلزمه التصدق بها [3].

[قيل ح] [4]: وقد ذكر المؤيد مسألتين في الزيادات.

قال: إذا استأجر إنسانا ليخدمه، وفي ضميره يطوف عليه بالخمور صحت الإجارة.

المسألة الثانية : إذا اشترى من بغية مصونها بمائة درهم [5/]وإنما قيمته درهم واحد فإنه يقع الملك بذلك وهذا يدل على أن الضمير لا يؤثر في عقود المعاوضات [6].

الوجه الثالث: أن يكون الواجب أو المحظور في ضميرهما وبينهما ويدفع المال إلى الأخذ على سبيل الهدية غير أنه معلوم عند المهدى إليه أنه له كما أعطاه ذلك ليجيبه إلى ما يطلبه من المحظور أو الواجب فقد اختلف في حكم المال في هذا الوجه فحكى في الكافي عن القسم والهادي والناصر وأحد قولي م بالله وهو الصحيح[7/] من قوليه أنه يطيب، ولا يجب عليه التصدق به وفي ذلك قول ثالث، وهو تحصيل المؤيد للهادي عليلم أنه يجب

---

1 -في(ب)"أن".

2 -في(ب)"أن".

3 -الغيث المدرار ج٣(خ). و شرح الأزهار - (٣ / ٣٠٣).

4 -الزيادة من(ب).

5 - نهاية ورقة ٣١٨ من (ب).

6 - الزيادات للمؤيد بالله (خ) والغيث المدرار ج٣(خ).

7 - نهاية ورقة ٣٠٥ من (أ).

التصدق به ولا يبرأ برده إلى الدافع لأنه كسبه من وجهٍ محظور وهذا القول هو الذي بنى عليه في الأزهار[1].

والوجه الرابع: أن يشترط[2] أمراً محظوراً، أو يعقدا عليه نحو أن يشرط للمؤذن، أو المعلم أجرة ثم تفاسخا ذلك العقد أو الشرط عند الدفع فيدفعه إليه لا في مقابلة ذلك الشرط أو العقد بل لله أو عن زكاة، أو نحو ذلك، ففي ذلك قولان للمؤيد حكاهما أبو مضر أحدهما أنه يطيب للأخذ، والثاني أنه لا يطيب له، وقيل ح ي: ليسا بقولين ولكنهما طرفان وهو أن العبرة بقصد الدافع فإن قصد أن المال في مقابلة ما عقدا عليه أو شرطاه كان محظوراً على الأخذ وإن قصدا غيره مما لا بأس به حل له، وهو الذي بنى عليه في الأزهار أن الأخذ يعمل بظنه فإن التبس الأمر على الأخذ ولم يحصل له ظن ذلك في مقابلة المحظور أو الواجب في قصد المعطي أم لا، فإنه يقبل قول المعطي في ذلك إذ لا طريق إلى معرفة ما في ضميره إلا قوله ولو قال الدافع أنه لا للشرط المتقدم بعد أن قال أنه لأجله فإنه يجوز للأخذ أن يقبل قوله في ذلك إن لم يغلب في ظنه كذبه والكلام في هذا الوجه يتعلق بالدافع والأخذ، أما الدافع فالعبرة بنيته عند الدفع فإن نوى المحظور كان محظوراً، وإن نوى غيره أجزأ لكنه إذا نطق بالمحظور، وفي نيته[3] خلافه من زكاة أو غيرهما فإنه يأثم بالإيهام، ويجزيه عن الزكاة إذا كان المدفوع إليه مصرفاً، وأما الأخذ فأما أن يحصل له ظن أولا إن حصل له ظن عمل به ولو خالف قول الدافع، وإن لم يحصل له ظن فإن تفاسخا بأن يذكر الدافع عند الدفع أنه لَا عَنْ المحظور فإنه يقبل قوله فإن قال بعد ذلك أنه على خلاف ما نطق به لم يقبل قوله لأنه قد خرج عن ملكه بقوله الأول إلا أن يظن الأخذ صدقة عمل به كما تقدم، وأما إذا لم يتناسخا عند الدفع فالظاهر أنه عن المحظور فإن قال بعد الدفع أنه دفعه لَا عَنْ المحظور.

قيل قوله كما صرح به في الأزهار وهو الأصح، خلاف ما ذكره بعض المذاكرين من أنه لا يقبل قوله هنا، وهذه الوجوه قد تضمنتها عبارة الأثمار على جهة الإجمال وزاد المؤيد وجهين:

أولهما: أن يعطي البغية لمحبتها لا للمحظور، ولو طلب المحظور إجابته قال المؤيد: حل لها ولم يجب عليها التصدق.

الوجه الثاني: أن يعطيها للمحظور وغيره.

---

1 -شرح الأزهار - (٣ / ٣٠٤) .

2 -في(ب)"يشترطا".

3 -في(ب)"نفسه".

قال المؤيد: قسم بينهما فما قابل المحظور يرد إلى المعطي [١].

تنبيه: لا بأس بذكر أعيان مسائل لمزيد الفائدة وإن كانت قد دخلت فيما تقدم منها كسب الحجام وفيه ثلاثة أقوال:

الأول: مذهبنا وهو أنه مباح[٢] لما رواه البخاري ومسلم من حديث ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وآله "احْتَجَمَ وَأَعْطَى الْحَجَّامَ أَجْرَهُ "[٣]، وفي رواية لمسلم قال حَجَمَ النبي صلى الله عليه وآله عَبْدٌ لِبَنِي بَيَاضَةَ فَأَعْطَاهُ النبي صلى الله عليه وآله أَجْرَهُ وَكَلَّمَ سَيِّدَهُ فَخَفَّفَ عنه من ضَرِيبَتِهِ وَلَوْ كان سُحْتًا لم يُعْطِهِ النبي صلى الله عليه وآله [٤].

وفي رواية أبي داود" وَلَوْ عَلِمَهُ خَبِيثًا لم يُعْطِهِ" [٥].

وفي الصحيحين [وغيرهما] [٦] بمعنى ذلك من رواية أنس [٧].

القول الثاني: للشافعي أنه مكروه [٨]لحديث ابن مُحَيِّصَةَ [٩] أنه اسْتَأْذَنَ رَسُولَ اللَّهِ صلى الله عليه وآله في إِجَارَةِ الْحَجَّامِ فَنَهَاهُ عنها وكان له مولى حجام فلم يَزَلْ يَسْأَلُهُ وَيَسْتَأْذِنُهُ حتى قال له آخراً "اعْلِفْهُ نَاضِحَكَ[١٠] وَأَطْعِمْهُ رَقِيقَكَ "هكذا أخرجه الموطأ وأخرجه أبو داود والترمذي عن ابن محيصة عن أبيه [١١].

---

1 -الزيادات (خ) .

2 - البحر الزخار - (٩ / ٣٨٧).

3 - أخرجه البخاري في صحيحه -كِتَاب الْإِجَارَةِ -بَاب خَرَاجِ الْحَجَّامِ -رقم٢١٥٨ (ج٢/ص٧٩٦). و مسلم في صحيحه -كِتَاب الْمُسَاقَاة -بَاب حلِّ أُجْرَةِ الْحِجَامَةِ -رقم١٢٠٢ (ج٣/ص١٢٠٥).

4 - أخرجه مسلم في صحيحه -كِتَاب الْمُسَاقَاة - بَاب حلِّ أُجْرَةِ الْحِجَامَةِ -رقم١٢٠٢(ج٣/ص١٢٠٥).

5 -أخرجه أبو داود في سننه -كتاب الْإِجَارَةِ - بَاب في كَسْبِ الْحَجَّامِ -رقم ٣٤٢٣ (ج٣/ص٢٦٦)و الحديث صحيح . ينظر (صحيح وضعيف سنن أبي داود -رقم٣٤٢٣ .

6 -الزيادة من(أ).

7 - أخرجه البخاري في صحيحه-كِتَاب الْإِجَارَةِ -بَاب ذِكْرِ الْحَجَّامِ -رقم١٩٩٦ بلفظ "عن أَنَسِ بن مَالِكٍ رضي الله عنه قال حَجَمَ أبو طَيْبَةَ رَسُولَ اللَّهِ صلى الله عليه وسلم فَأَمَرَ له بِصَاعٍ من تَمْرٍ وَأَمَرَ أَهْلَهُ أَنْ يُخَفِّفُوا من خَرَاجِهِ (ج٢/ص٧٤١) .و مسلم في صحيحه-كِتَاب الْمُسَاقَاةِ -بَاب حِلِّ أُجْرَةِ الْحِجَامَةِ -رقم١٥٧٧ (ج٣/ص١٢٠٤).

8 - المهذب (ج١/ص٢٥١).

9 - هو حرام بن سعد بن محيِّصة، الأنصاري الحارثي المدني. روى عن أبيه والبراء بن عازب. وروى عنه الزُّهريُّ فقط. وهو ثقة توفي سنة ثلاث عشرة ومائة وهو ابن سبعين سنة. وروى له أبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجة. الوافي بالوفيات - (٤ / ٩٦).

10 - أي بعيرك والجمع "نَوَاضِحُ" .المصباح المنير- العصرية - (١ / ٣١٤).

11 - أخرجه مالك في الموطأ -كتاب الاستئذان -باب ما جاء في الْحِجَامَةِ وَأُجْرَةِ الْحَجَّامِ -رقم١٧٥٤ (ج٢/ص٩٧٤) و أبو داود في سننه -كتاب الْإِجَارَةِ - بَاب في كَسْبِ الْحَجَّامِ -رقم٣٤٢٢ (ج٣/ص٢٦٦). و الترمذي في سننه -كِتَاب الْبُيُوعِ - بَاب ما جاء في كَسْبِ الْحَجَّامِ -رقم١٢٧٧ قال أبو عِيسَى حَدِيثُ مُحَيِّصَةَ حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ وَالْعَمَلُ على هذا عِنْدَ بَعْضِ أَهْلِ الْعِلْمِ وقال أَحْمَدُ إن سَأَلَنِي حَجَّامٌ نَهَيْتُهُ وَآخُذُ بهذا الحديث(ج٣/ص٥٧٥). وصححه كذلك الألباني . ينظر (صحيح وضعيف سنن أبي داود - رقم٣٤٢٢).

القول الثالث: لبعض أهل الحديث أنه محرم[١] لحديث رافع بن خديج أن رسول الله صلى الله عليه وآله قال مهر البغي[٢] خبيث وثمن الكلب خبيث، وكسب الحجام خبيث"[٣]، وفي رواية " شَرُّ الْكَسْبِ مَهْرُ الْبَغِيِّ وَثَمَنُ الْكَلْبِ وَكَسْبُ الْحَجَّامِ" [٤] [أخرجه الترمذي وأبو داود][٥].

قلنا: محمول على الحث على الكسب بالحرف الرفيعة جمعاً بين الأخبار على أن أخبارنا أصح إذ هي في الصحيحين، ومنها الرشوة على الحكم فإنها حرام بلا خلاف لحديث أبي هريرة وابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وآله " الرَّاشِي وَالْمُرْتَشِي في الْحُكْمِ " أخرجه الترمذي وأخرجه أبو داود، عن ابن عمر وحده [٦].

أما المرتشي[٧] فظاهر لأنها أما في مقابلة فعل واجب أو محظور، وأما الراشي فإن أرشى ليحكم له بالباطل فهو داخل في اللعن بلا إشكال، وإن أرشى ليحكم له بالحق فإن كان مختلفاً فيه لم يجز له أيضاً لأن حكم الحكام المرتشي كلا حكم، وإن كان مجمعاً عليه فظاهر المذهب المنع لعموم الحديث [٨].

وقال المنصور: يجوز له ذلك توصلا إلى ماله بماله، وكذا عن أبي جعفر وبعض الشافعية، ولا يقال أنه توصل إلى المباح بما صورته صورة المحظور لأنا نقول لا عبرة بالصورة كما له أن يأخذ ماله من غاصبه بالتلصص والسرقة والقهر والغلبة وإن كانت الصورة في ذلك صورة المحظور [٩].

ومنها عسب الفحل، ومهر البغي، وحلوان الكاهن، إما عسب الفحل فقد تقدم الكلام فيه في كتاب البيع وأما مهر البغي وحلوان الكاهن فقد ورد فيهما أحاديث كثيرة منها ما تقدم ومنها ما أخرجه الجماعة من حديث ابن مسعود قال: نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن ثمن الكلب ومهر البغي وحلوان الكاهن [١٠].

---

1 - بداية المجتهد (ج٢/ص١٦٩).

2 -في(ب)"البغية" .

3 - سبق تخريجه صـــ٥٠٨ .

4 - أخرجه مسلم في صحيحه -كِتَاب الْمُسَاقَاةِ - بَاب تَحْرِيمِ ثَمَنِ الْكَلْبِ وَحُلْوَانِ الْكَاهِنِ وَمَهْرِ الْبَغِيِّ وَالنَّهْيِ عن بَيْعِ السِّنَّوْرِ - رقم ١٥٦٨ (ج٣/ص١١٩٩).

5 - الأصل مكان مابين المعقوفتين بعد الحديث السابق"كسب الحجام خبيث" .

6 - أخرجه أبو داود في سننه -كِتَاب الْأَقْضِيَةِ -بَاب في كَرَاهِيَةِ الرَّشْوَةِ -رقم٣٥٨٠ (ج٣/ص٣٠٠)و الترمذي في سننه -كِتَاب الْأَحْكَامِ -بَاب ما جاء في الرَّاشِي وَالْمُرْتَشِي في الْحُكْمِ -١٣٣٦ واللفظ له (ج٣/ص٦٢٢). وهو صحيح ينظر (صحيح وضعيف الجامع الصغير - (١٩ / ٣٧١).

7 -في(أ)"المرشي".

8 - البحر الزخار - (١٤ / ٥٤) .

9 -الغيث المدرار ج٣(خ). و البحر الزخار - (٩ / ٣٨٣) .

10 - سبق تخريجه صـــ٥٠٧ .

قال مالك: يعني بِمَهْرِ الْبَغِيِّ ما تُعْطَاهُ الْمَرْأَةُ على الزنى وَحُلْوَانُ الْكَاهِنِ رَشْوَتُهُ وما يُعْطَى على أن يَتَكَهَّنَ [انتهى] [1][2].

والكاهن: هو الذي يوهم أنه يعلم شيئاً من الغيب [3]، والحديث عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وآله قال" مَنْ أَتَى كَاهِنًا فَصَدَّقَهُ بِمَا يَقُولُ أَوْ أَتَى امْرَأَةً فِي دُبُرِهَا"، وفي رواية " امرأة حائضاً فَقَدْ بَرِئَ مِمَّا أُنْزِلَ على مُحَمَّدٍ " أخرجه أبو داود[4] وأخرج مسلم من طريق آخر " من أتى عَرَّافًا فَسَأَلَهُ عن شَيْءٍ [فصدقه] [5] لم تُقْبَلْ له صَلَاةٌ أَرْبَعِينَ لَيْلَةً[6] "[7] والعراف الكاهن وشبهه ممن يدعي علم الغيب.

ومنها: أنه يجوز للحاكم أخذ الأجرة إذا طلب منه الخروج فإن لم يطلب لم يجز إلا من الإمام لأن أصل[8] الوجوب عليه وكذا الشاهد يجوز له أخذ الأجرة حيث يكون في عدد الشهود[9/] كثرة أو طلب إلى مسافة البريد وقد تقدم وسيأتي [10].

ومنها : ما يأخذه الرصد من مارة الطريق فإنه[11/] يحرم عليهم أخذه إذا كان الخوف منهم أو من غيرهم وأخذوه على مجرد الأمان لا على السر، أو على الوقوف في موضع مخصوص فيجوز إذا كان قدر أجرة المثل برضا المارة، أو فوقها بعقد إجارة صحيح، والله أعلم [12].

---

1 -الزيادة من(ب).

2 - أخرجه مالك في الموطأ -كتاب البيوع -باب ما جاء في ثَمَنِ الْكَلْبِ (ج٢/ص٦٥٦).

3 - البحر الزخار - (٩ / ٣٨٤)والتعريفات - (١ / ٢٣٥) بنحوه.

4 - أخرجه أبو داود في سننه -كِتَاب الطِّبِّ -بَاب في الْكَاهِنِ -رقم٣٩٠٤ (ج٤/ص١٥) .

5 - الزيادة من المخطوط وليست في مسلم .

6 - في المخطوط "يوماً".

7 - أخرجه مسلم في صحيحه -كِتَاب السَّلَامِ -بَاب تَحْرِيمِ الْكَهَانَةِ وَإِتْيَانِ الْكُهَّانِ- رقم٢٢٣٠ (ج٤/ص 1751).

8 -في(ب)"الأصل".

9 - نهاية ورقة ٣١٩ من (ب).

10 - الغيث المدرار ج٣(خ) .

11 - نهاية ورقة ٣٠٦ من (أ).

12 - المرجع السابق بأكثر لفظه .

"فَصْـــــلٌ"

[في الاختلاف بين الأجير والمستأجر]

"**والْبَيِّنَةُ عَلَى مُدَّعِي خلاف الأصل**" هذا التفصيل[١] لبيان حكم اختلاف المؤجر والمستأجر في الإجارة، وما يتعلق بالإجارة وقد بنى المؤلف عليلم على ما قرره فيما تقدم من القاعدة فمن ذلك أن يدعي أحدهما وقوع الإجارة، وينكر الآخر، فإن البينة على مدعي الإجارة إذ الأصل عدمها، ومن ذلك أن يدعي أحدهما أن مدة الإجارة أكثر مما يقول الآخر فإن البينة على مدعي الأكثر، وكذا في المسافة أما حيث اختلفا في المدة فذلك متفق عليه، وأما حيث اختلفا [في المسافة] [٢] فهذا مقتضى قول الوافي، وهو الذي بنى عليه في الأزهار ووجهه أن الأصل عدم الإذن إلا فيما تصادقا عليه، و[من] [٣] مقتضى قول أبي طالب أن القول للمستأجر لأن المؤجر يريد أن يضمنه ما لم يكن عليه من قبل، ومن ذلك أن يدعي أحدهما مضي المدة المتفق عليها وينكر الآخر فإن البينة على مدعي المضي إذ الأصل عدمه، ومن ذلك أن يدعي المشترك أنه قد رد ما صنع وينكر المستأجر [ذلك] [٤]، فإن البينة على المشترك لأنه بدعوى الرد يدعي سقوط الضمان، والأصل عدم سقوطه هذا مذهبنا، وهو قول أبي يوسف ومحمد ومالك، وقال أبو حنيفة أن القول قوله [٥].

ومنها: أن يدعي المستأجر أن الأجير خالف في العمل وينكر الأجير فإن البينة على المستأجر لأن الأصل عدم المخالفة كما سيأتي إلا في صورة فإن القول فيها للمستأجر، وذلك حيث صبغ الأجير صبغاً يساوي عشرة دراهم فيقول المالك إنما أمرتك بصبغ يساوي خمسه لأن الأصل عدم الزيادة، وعند أبي حنيفة وأصحابه وهو أحد أقوال الشافعي، واختيار المؤيد أن القول للمالك مطلقاً وعلى أحد أقوال ش أنهما يتحالفان وله قول ثالث كالمذهب [٦].

ومنها: أن يدعي المالك زيادة في قيمة التالف على ما يدعيه الأجير فإن البينة على المالك لأنه يدعي الخيانة، والأصل براءة الذمة، فأما لو ادعى أن المنسوج ليس بغزله كان

---

1 -في(ب)"الفصل".

2 -سقط من(ب).

3 -الزيادة من(أ).

4 -الزيادة من(ب).

5 - البحر الزخار (٩ / ٤٢٥).و المهذب (ج١/ص٤٠٩). و حاشية الدسوقي (ج٤/ص٢٤). و البحر الرائق (ج٨/ص٣١)و بدائع الصنائع (ج٤/ص٢١١) .

6 - شرح الأزهار - (٣ / ٣٠٧). والبحر الزخار (٩ / ٤٢٤).و روضة الطالبين (ج٥/ص٢٣٦). والأم (ج٧/ص١٣٩).و حاشية الرملي (ج٢/ص٣٥٧).

كمسألة القصار ذكره الفقيه ح، وقيل بل القول للحائك إن لم يبدل لأن إقامة البينة يشق عليه أو يعذر لأن صفات الغزل تتغير بعد النسج بخلاف مسألة القصار فالشهادة على الثبوت ممكنه إذ لا تتغير صفاته بالقصارة [١].

ومنها: أن يدعي المريض أن الطبيب جرحه بالمباشرة وأنكر الطبيب، فإن القول قوله لأن الأصل عدم الضمان، إلا حيث يكون في الجراحة أثر ظاهر من فعل الطبيب يدل على المباشرة كان القول للمجروح [٢].

ومنها أن يدعي المؤجر أن المستأجر لم يرد العين المستأجرة، أو[٣] أن الذي رده المستأجر غير العين المؤجرة فإن البينة على المؤجر لأن المستأجر أمين يقبل قوله، وأما حيث كان ضامناً فلا يقبل قوله لأنه يدعي براءة ذمته من الضمان والأصل بقاؤه وذلك ظاهر، وكذا يكون القول للمستأجر في قدر الأجرة لأن المؤجر يدعي الزيادة، والأصل براءة الذمة منها قوله عليلم " **ومنه الْمُعَيِّن لِنحو الْمُعَمولِ فِيه** " أي ومن دعوى خلاف الأصل أن يعين أحدهما المعمول فيه نحو أن يقول القصار لصاحب الثوب هذا ثوبك ويقول صاحب الثوب ليس بثوبي فإن البينة على القصار، لأنه يريد بذلك استحقاق الأجرة وبراءة ذمته من الضمان فإن كان المعين هو صاحب الثوب بأن يقول هذا ثوبي، ويقول القصار ليس بثوبك فإن البينة على المالك لأنه يريد أن يلزم القصار ما لم يصادق[٤] عليه، والأصل براءة الذمة فمن بين منهما ما[٥] يدعيه حكم له فإن بينا كلاهما حكم لكل منهما ببينته إن أمكن، لكن يكون الثوب الذي عينه القصار وأنكره المالك لبيت المال على ما ذكره الفقيهان ح ع، وقال الإمام ح وأصحاب ش: وهو ظاهر اللمع، وشرح القاضي زيد، ومذاكرة الدواري أنه يبقى للقصار كما ذكروه في مسألة المدعي عليه حيث أقر بالمدعى لغيره ورده المقر له أنه[٦] يبقى للمقر لأن إقراره كالمشروط بأن يقبله المقر له وحيث يكون القول للمالك مع يمينه إن حلف لم تلزمه الأجرة وإن[٧] نكل لزمته وحيث يكون للقصار مع يمينه إن حلف أن الذي ادعاه المقصر ليس بثوبه بطلت دعوى المقصر، وإن نكل حكم به[٨] للمقصر ولعل الأجرة تلزمه لأنه قد صار معترفاً بلزومها .

---

1 - شرح الأزهار - (٣ / ٣٠٨)والغيث المدرار ج٣(خ)بنحوه .
2 - شرح الأزهار - (٣ / ٣٠٨).
3 -في(ب)"و".
4 -في(ب)"يصادقه".
5 -في(ب)"بما".
6 -في(ب)"أن".
7 -في(ب)"فإن".
8 -في(ب)"له".

قيل ع: وإن نكلا جميعاً كان الثوبان لبيت المال لأن نكول كل واحد منهما إقراره بما نكل عنه ونفى للآخر [١].

قال في الغيث: قلنا فيه نظر لأنه لو كان إقرارا محققاً لم يصح من الآخر أن يدعي بعد نكوله.

قال: وأما أن بينا نظر فإن اتفقا أنه لم يسلم إلا ثوباً واحداً فكاذب[٢] البينتان وكان كما لو لم [يبينا] [٣] وإن لم يتفقا على ذلك حمل البينتان على السلامة وأنه قد سلم ثوبين فيستحق ما ادعى وتجب عليه الأجر لبيت المال انتهى [٤].

قال في الشرح: وأراد بنحو المعمول فيه العمل نحو أن يختلف المالك والأجير في صفة العمل كأن يقول المالك للأجير استأجرتك تخيط الثوب قبَاءً، ويقول الأجير بل قميصاً، أو صبغاً أحمر، ويقول الأجير بل أسود، ونحو ذلك إلى آخر ما ذكره، وقد تقدم أن مثل هذا من قبيل [دعوى] [٥] مخالفة الأجير، وهو الذي في الغيث وغيره [٦].

قال في الغيث: وحاصل الكلام في هذه المسألة أن الاختلاف إما أن يكون قبل القطع أو بعده إن كان قبله، فالقول قول المالك وفاقاً في نفي ما ادعاه الخياط، والقول قول الخياط في[/٧] في نفي ما ادعاه المالك على قول الهدوية، وإن[٨] كان بعده فأما أن يكون الخياط معتاداً لأحدهما فقط فالظاهر مع العادة، وإن[٩] كان معتاداً لهما معاً أو هو أول ما أراد من الخياطة فمحل الخلاف المتقدم يعني الأقوال الثلاثة التي تقدم ذكرها [١٠].

قال: وحجتنا أنهما اتفقا على الأذن يعني في العمل واختلفا في صفته فكان القول قول المأذون كما لو أختلف المضارب وصاحب المال إلى آخر ما ذكره[١١].

---

1 - شرح الأزهار - (٣ / ٣٠٥)و اللمع(خ) و الجامع في الشرح(خ) ومذاكرة الدواري(خ) .
2 -في(ب)"فكاذبت".
3 -في(ب)"يقيما بينة"بدل مابين القيمتين.
4 -الغيث المدرار ج٣(خ) .
5 -سقط من(ب).
6 - الجامع في الشرح (خ).
7 - نهاية ورقة ٣٢٠ من (ب).
8 -في(ب)"فإن".
9 -في(ب)"فإن".
10 -الغيث المدرار ج٣(خ) .
11 -المرجع السابق.

قال في الشرح: ومن نحو المعمول فيه العين المستأجرة و[1]غيرها فإذا عين المستأجر شيئاً بين يعني إذا كان مضمناً فإذا[2] إذا عين المالك شيئاً آخر بين فمن عين [منهما] [3] بين كما تقدم.

قال: واعلم أن المؤلف عليلم قد سلك في أبواب الضمان مسلكاً واحداً وفي أبواب الأمانة كذلك فجعل على كل من كان تحت يده لغيره عين مضمونة البينة في الرد ومن عين بين في العين وذلك في المستأجر الضامن والمستعير كذلك، والمشترك والمرتهن والغاصب وجعل القول قول من كان تحت يده لغيره عينا[4] [غير] [5] مضمونة في الرد والعين كالمستأجر والمستأم والمستعير حيث لم يضمنوا والوديع والمضارب، وجعل الضابط في ذلك الضمان وعدمه لأنه مع الضمان يدعي البراءة، ومع عدمه لا يدعي شيئاً ولذلك استضعفت ما ذكره في الأزهار والتذكرة، وما ذكره الإمام يحيى في الغصب من أنه يقبل قول الغاصب في العين كما سيأتي انتهى [6].

قوله عليلم:" **والأجير في كون الْمُتْلَف غَالِباً غالباً** " أي ومن دعوى خلاف [لأصل] [7] دعوى الأجير أن المعمول فيه ونحوه تلف بأمر غالب فإن القول في ذلك للمستأجر، والبينة على الأجير لأنه يدعي[8] سقوط الضمان عنه والأصل لزومه .

وقوله: "غالبا الثانية" احتراز مما إذا كان [الأمر] [9] الذي تلفت به العين مما لا يمكن إقامة البينة عليه كالموت والعمى والصمم، فإن القول في نحو ذلك قول الأجير والذي يمكن إقامة البينة عليه نحو الحريق وأحد القادر وغلبة الذئاب واللصوص ونحو أن يأتي الراعي ببقرة أو شاة مذبوحة ويدعي أنها مرضت أو لدغت فخشي تلفها فذبحها فإن البينة على الأجير، واليمين على المستأجر على القطع، ويجوز له ذلك استناداً إلى الظاهر وهو عدم الغالب ما لم يغلب على ظنه صدق الأجير[10].

---

1 - نهاية ورقة ٣٠٧ من (أ).
2 -في(ب)"وأما".
3 -الزيادة من(ب).
4 -في(ب)"عين".
5 -الزيادة من (أ).
6 - الجامع في الشرح (خ) .
7 -الزيادة من(ب).
8 -في(ب)"ينفي".
9 -سقط من(أ).
10 -الغيث المدرار بنحوه.

نكـــــتة: عن أبي مضر سمعت من يفتي ويقول أن الراعي إذا جاء بعقب أو ظرف أذن وقال أن الحيوان مات فإنه يجعل على الماء فإن طفا فميتة وإن رست فمذكى انتهى[1].

قوله عليلم: " **ومنكر قدر نحو إبَاقِ حاله** " فمن استأجر عبداً سنة ليخدمه وقبضه ثم ادعى أنه أبق عليه كل السنة أو بعضها فإن البينة عليه بذلك لأنه مدع خلاف الأصل وظاهر كلام السيدين يقتضي أن البينة عليه مطلقاً سواء كان العبد آبقاً حال التداعي أم غير آبق، والصحيح ما قاله ابن أبي الفوارس أن هذا حيث كان العبد أبق حال التداعي إذ لو كان آبقا حينئذ كان القول للمستأجر في قدر مدة اباقه لأن شاهد الحال معه، وإلى هذا أشار المؤلف عليلم بقوله حاله أي إذا كان الاباق حاصلاً حال التناكر ولا يفترق الحال في ذلك بين أن تكون مدة الإجارة باقية أم[2] مقتضية، وأراد بنحو الاباق الموت أو المرض، ومثل ما ذكره ابن أبي الفوارس من التفصيل في [مثل] [3] هذه المسألة ذكره في التفريعات في نظيرها وادعى علي بن العباس إجماع أهل البيت على ذلك [4].

قوله عليلم :" **ودعوى مدعى الزيادة في الْأُجْرَةِ غالباً** " أي ومن دعوى خلاف الأصل أن يدعي المشترك أو الخاص أن الأجرة عشرة دراهم ويقول المستأجر بل خمسة فإن القول قول المستأجر لأن الأصل براءة المستأجر مما لم يقر به .

وقوله: "غالباً" احتراز من أن يكون الاختلاف في إجارة الأعيان قبل التسليم للعين أو لمنافعها فإن القول قول المالك وهذا التفصيل ذكره الفقيه س في تذكرته [5].

قيل ف: وقد رجع الفقيه س إلى أن القول قول المستأجر مطلقاً وأمر بتصليح ما أطلقه في التذكرة [6].

قال في الشرح: واعلم أن اختيار المؤلف عليلم في البيع أن القول قول المشتري مطلقاً لأن البائع مدعي خلاف الأصل فكان قياسه هنا أن [يكون] [7] القول قول المستأجر مطلقاً إذ الإجارة مقيسة على البيع بجامع كون كل واحد منهما عقد معاوضة [8].

---

1 -الغيث المدرار ج٣(خ)والكواكب (خ) عبر حاشية (المنتزع المختار المعروف بشرح الأزهار - (١٧ / ١٣٢) .
2 -في(ب)"أو".
3 -الزيادة من(أ).
4 - التفريعات (خ) والغيث المدرار ج٣(خ).
5 -التذكرة الفاخرة (ص٤١٨).
6 - شرح الأزهار - (٣ / ٣٠٩).
7 -الزيادة من (ب).
8 -الجامع في الشرح (خ).

قال المؤلف عليلم: وذلك قريب يعني القياس على البيع إذ لا فارق، ولذلك عدل عن عبارة الأزهار إلى لفظة غالباً ليذكر فيها جميع ذلك كذلك انتهى [١].

قوله عليلم:" **م و مُدَّعِي المجان** " أي قال المؤيد رحمه الله تعالى: ومن دعوى خلاف الأصل أن يدعي [الأجير أو] [٢] المستأجر أنه عمل مجاناً أي بغير أجرة فتكون البينة على من ادعى ذلك لأن الأصل في المنافع الأعواض على الأشهر من قولي المؤيد ذكره أبو مضر للهادي عليلم واختاره المؤلف عليلم في الأثمار [٣].

وعل القول الثاني للمؤيد وهو ظاهر مذهب الهدوية أن البينة على من ادعى الأجرة لأنه مدعي خلاف الأصل إذ الأصل في المنافع عدم العوض والخلاف حيث لا عادة للأجير بأخذ الأجرة أو عدمه أو اختلفت عادته ولا غالب فيها [٤].

قال المؤلف عليلم: وهو مرادنا في هذا الموضع وإلا فالقول لمنكر خلاف العادة و[٥] الغالب منها والبينة على الآخر وفاقاً.

قال المؤلف عليلم: وقد فهم ذلك من قوله في أول الفصل والقول لمنكر خلاف الأصل إذ الأصل في المنافع عدم العوض والخلاف حيث لا إعادة للأجير يأخذ الأجرة أوعدمه أو اختلفت عادته ولا غالب فيها.

قال المؤلف عليلم: وهو مرادنا في هذا الموضع وإلا فالقول لمنكر خلاف العادة أو الغالب منها والبينة على الآخر وفاقاً.

قال المؤلف عليلم: وقد فهم ذلك من قوله في أول الفصل والقول لمنكر خلاف الأصل إلا أنه ذكره هاهنا للتنبيه على الخلاف وكذلك ذكر الأشياء التي تعد قوله، والقول لمنكر خلاف الأصل إلى آخر الفصل لأنه مما لا يتضح فيها بخلاف[٦] الأصل قبض عليها كما هي عادته في المختصر الميمون.

---

1 -المرجع السابق.
2 -سقط من(أ).
3 - شرح الأزهار - (٣ / ٣٠٩) .
4 - الغيث المدرار ج٣(خ). والبحر الزخار - (٩ / ٤٢٢) .
5 -في(ب) "أو".
6 -في(ب)"خلاف".

"فَصْـــــــلٌ"

[في الضمان وعدمه]

ثمانية لا يضمنون وإن ضمنوا "وهو الخاص والمستأجر ضمن أثر الاستعمال فهؤلاء لا يصح شرط الضمان عليهم إذ لا يكون في مقابلة عوض، وعن المنصور أنه يصح شرط الضمان على الستة الأوائل، لنا ما مر [١].

قلنا :وكذلك مستأجر الآله لا يصح تضمينه أثر الاستعمال [لتأدية ذلك إلى عدم تمكنه من الانتفاع الذي عقدت له الإجارة] [٢].

قيل ف: وهذا الكلام يدل على أن ضمان التبرع لا يصح إذ لم يكن في مقابلة عوض ولا عرض إلا حيث يكون ضمان درك فيضمن لمن عليه الحق بمثل ما [٣/] ما يلزمه انتهى[٤].

وأما الثامن: وهو المستعير فهو مزيد من المؤلف عليلم وذلك لأن علة المستأجر حاصلة فيه إذ لا يمكن الانتفاع إلا بذلك وقد ذكره بعضهم وعن الفقيه ف أنه يضمن [٥].

قيل ل ي: وبهذا الشرط تفسد الإجارة وقيل بل يلغوا الشرط وإنما يضمن الثمانية المذكورون إذا جنوا أو فرطوا على ما هو مستوفي في مواضعه [٦].

قوله عليلم:" **وخمسة عكسهم** "أي يضمنون وإن لم يضمنوا وهم المشترك في غير الغالب والمتعاطي والبائع قبل التسليم والمرتهن والغاصب وفي بعضهم[٧/] خلاف مذكور في موضعه.

[قوله عليلم: " **وأربعة لَا يَضْمَنُون إن لم يضمنوا**" وهم المستأجر والمستعير وَالْمُسْتَام، وهو المتروي للسلعة[٨] فهؤلاء الثلاثة لا يضمنون إلا أن يضمنوا ضمنوا الغالب وغيره، أما المستأجر والمستعبر فلأنهما إذا شرطا عليهما الحفظ كانا [لا] [٩] كأجير[١٠] المشترك فإذا شرط عليهما الضمان ولو من الغالب صح خلاف أبي مضر في الغالب لكن المستعير

---

1 - البيان لابن مظفر (١٤٨/٣) .
2 -سقط من(ب).
3 - نهاية ورقة ٣٢١ من (ب).
4 - البيان لابن مظفر (١٤٩/٣) .
5 - حاشية المرجع السابق (١٤٧/٣) .
6 - البيان لابن مظفر (١٤٧/٣)بنحوه.
7 - نهاية ورقة ٣٠٨ من (أ).
8 - وقيل الدلال ومثله المشتري بخيار لهما أو للبائع. (حاشية شرح الأزهار - (٣ / ٣١٠).
9 -سقط من(ب).
10 -في(ب)"كالأجير".

يضمن مطلقاً حيث شرط عليه الضمان، وأما المستأجر [فإنه لا] [١] يضمن إذا شرط عليه الضمان حال العقد لا بعده فلا يصح لأن المنفعة قد صارت مستغرقة بالإجارة[٢]، وقيل س: يصح ويكون كالزيادة في الأجرة، وأما المستام فالمذهب أنه لا يضمن الأمر الغالب إلا أن يشترط عليه ضمانة وفيه خلاف أبي جعفر والإمام ح [٣].

قوله عليلم: " **وأربعة لا يبرأون وإن أبرئوا** " وهم الطبيب المتعاطي والبائع قبل التسليم والمتبرئ من العيوب جملة والمرتهن صحيحاً.

قال في الغيث: أما البائع قبل التسليم فلأن التسليم من تمام العقد فكان كما لو تبرأ قبله، وأما المتبرئ من العيوب جملة فنحو أن يقول بعت إليك على أني برئ من كل عيب فإن في ذلك خمسة أقوال :

الأول: مذهب الهادي [عليلم] [٤]والقاسم أنه يصح البيع ولا يبرأ بل يبطل الشرط، وقال زفر يبطلان جميعاً ومثله ذكر أبو جعفر للناصر، وقال زيد بن علي وم بالله وأبو حنيفة يصحان [٥].

وللشافعي خمسة أقوال هذه الثلاثة، والرابع يبرأ في الحيوان لا في غيره .

والخامس يبرأ مما ظهر لا مما لم يظهر [٦].

قال: وأما المرتهن في عقد صحيح فإنه[٧] لا يبرأ وإن أبرئ عندنا، ومن جعله غير مضمون كالناصر والشافعي قياسه[٨] أن يقول ببرائه [٩].

والمراد حيث أبرئ المرتهن من ضمان الرهن وأما حيث أبرئ من عينه فإنه يصير أمانة معه.

قال في الشرح: وإنما أسقط المؤلف عليلم ذكر الذين يبرأون إذا أبرئوا لأنهم أكثر من أن يحصوا فلم يكن لاختصاص الثلاثة المذكورين في الأزهار وهم الطبيب البصير إذا

---

1 -في (ب)"فإنما".
2 -في(ب)"بالأجرة".
3 - البيان لابن مظفر (١٤٧/٣) .
4 -الزيادة من(أ).
5 - بدائع الصنائع (ج٥/ص١٧٢) .
6 - روضة الطالبين (ج٣/ص٤٧٠).
7 -في(ب)"فلأنه".
8 -في(ب)"فقياسه".
9 -الغيث المدرار ج٣(خ).

أخطأ والغاصب والمشترك مطلقاً بالذكر في هذا الموضع وجهٌ وإنما يذكر ما يمكن حصره لتعرف إنما عداه ليس كذلك انتهى [١].

والوجه في أن الطبيب المتعاطي لا يبرأ وإن أبرئ وكذا الماهر إذا أبرئ من العهد لأن مثل [ذلك] [٢] لا يستباح بالإباحة بخلاف سائر الإجراء المشتركين والله أعلم .

مسألة: من كانت [لغيره في يده] [٣]عين مضمونة فادعى تلفها وأنكر المالك فإن القول قول المالك مع يمينه ويجوز له الحلف على القطع استناداً إلى الأصل ما لم يغلب على ظنه صدق المدعي للتلف كما تقدم وإذا حلف كلف المدعي للتلف تسليم العين وإلا حبسه الحاكم حتى يغلب على ظنه صدقه ثم يضمنه فيها .

مسألة: ويعمل بقول الأجير في التحريم لا في سقوط الضمان حيث ادعى أنه ذبح البقرة ونحوها بعد موتها ولم يبين بذلك ويخير المالك بين أخذها بلاشيء وبين أخذ قيمتها قبل[٤] الذبح وتركها للأجير وعند المؤيد ليس له إلا أرش الذبح .

قيل ح: فإن عافها الناس لإقرار الأجير بموتها بحيث صارت لا قيمة لها ضمن قيمتها وفاقاً لأنها مضمونة عليه بخلاف ما لو قال قائل أن شاة القصاب ميتة فنفر الناس عنها وصارت لا قيمة لها فإنه لا يضمنها لأنها غير مضمونة عليه ولا هي في يده أمانة [٥].

مسألة : ومن رأى بقرة غيره أو نحوها تجود بنفسها فإنه يستحب له ذبحها حفظاً لمال المسلم، وقال أبو مضر: يجب عليه ذلك ثم إن صادقه مالكها على ذلك أو بين به فلا شيء عليه وإن[٦] لم يبين وحلف المالك ضمن قيمتها، وقال أبو جعفر يضمن قيمتها ولو بين والله أعلم [٧].

---

1 - **الجامع في الشرح (خ).**

2 - **الزيادة من(أ).**

3 - **في(ب)" في يده لغيره " بدل مابين المعقوفتين.**

4 - **في(ب) "يوم".**

5 - **البيان لابن مظفر (١٤٤/٣) .**

6 - **في(ب)"فإن".**

7 - **المرجع السابق.**

بَابُ الْمُزَارَعَةِ

هي نوع من الإجارة، وكذلك المغارسة، والمساقاة، والمباذرة، ثم أن المزارعة تنقسم إلى صحيحة وفاسدة، وقد بين المؤلف عليلم الصحيحة بقوله " **صَحِيحُهَا أَنْ يُكْرِيَ بَعْضَ الْأَرْضِ ثم يَسْتَأْجِرُ بِالْكِرَاءِ أَوْ غَيْرِهِ عَلَى عَمَلِ الْبَاقِي أَوْ نَحْوِهِ** "صورة ذلك أن يكرى المالك بعض أرضه بدراهم أو غيرها ثم أن المالك يستأجر ذلك المكتري بذلك الكراء أو بغيره على عمل باقي الأرض.

وقوله "أو نحوه " معناه أو نحو هذا الترتيب.

قال في الشرح: ولذلك صورتان: إحداهما أن يؤجر بعض الأرض على عمل البعض الآخر ويبين العمل مع المدة فإن ذلك يصح.

قيل ع: مع شرط الأجير تعجيل أجرته وإلا فلا، والثانية أن يغير المالك الزراع نصف الأرض ويتبرع الزراع [فيها] [١] بعمل النصف الآخر للماك فإن ذلك يصح، وهذه الصورة ذكرها في الغيث[٢].

قال المؤلف عليلم: والصحيح أن هذه الصورة ليست من هذه الأنواع فلا يستقيم أن يفسر بها النحو، وإن كانت مستقيمة في بابها وإنما أسقط المؤلف عليلم من لفظ الأزهار لفظة " مُرَتَّبًا "[٣] لأن عبارة الأثمار صريحة في الترتيب إذ لفظه ثم صريحة في الترتيب وقد ذكرها في قوله ثم يستأجر انتهى بلفظه [٤].

وقال في الغيث: عقيب قوله مرتباً ما لفظه: " فتقدم تأجير بعض الأرض على الاستئجار على عمل الباقي وإلا لم يصح لأنه إذا بدأ بإجارة بعض الأرض كان المستأجر كالمالك، إما أن يزرعا معاً أو يتقاسما فأما لو عكس، فقد قال أبو مضر وغيره من أهل المذهب: أن[٥] ذلك لا يصح لأنه لا يمكنه [التسليم] [٦] عقيب عقد الإجارة وإنما لم يمكن[٧] لأنه لا يمكن زراعة النصف إلا بأن يستأجر على النصف الآخر، وهو لا يجب عليه أن يستأجر على ذلك أو بأن يستأجر هو النصف الآخر، أو بأن تعين له النصف الذي استؤجر على زراعته

1 - الزيادة من (أ).
2 -الغيث المدرار ج٣(خ) .
3 - الأزهار - (١ / ١٢٢).
4 - الجامع في الشرح (خ).
5 - في (ب)"بأن" وفي الغيث ما أثبته.
6 - في (ب)"تسليم العمل"بدل مابين المعقوفتين، ولفظة "العمل "زيادة من (ب)وليست في الغيث.
7 - في (ب)"يمكنه" وفي الغيث ما أثبته.

وذلك [١/] لا يجب عليه لأنه استؤجر على زراعة نصف الأرض مشاعاً، وهذا غير مشاع بخلاف ما إذا أستأجر المشاع فقد ملك، وقد يقال أن القسمة لا تجب عليهم لأنهم يقولون قد أضربنا والإضراب عذر عند المؤيد.

وقال أبو جعفر: لا يجب الترتيب بل بأيهما بدأ صح والصحيح أنه لا بد من الترتيب أو نحوه وهو صورتان وذكر الصورتين اللتين تقدم ذكرهما ثم قال: " قيل[ع] [٢] ولا بد في الصورة الأولى[٣/] من هاتين[٤]الصورتين من شرط تعجيل أجرة الزراع ليمكنه زراعة الأرض كلها فإن لم يشرط التعجيل لم يمكنه لأنه لا يستحق القبض إلا أن يزرع [٥].

وحذف المؤلف[عليلم] [٦] قوله في الأزهار "مُسْتَكْمِلًا لِشُرُوطِ الْإِجَارَةِ وَإِلَّا فَسَدَتْ "[٧] لظهوره إذا المراد به أن تكون المدة والمنفعة والأجرة معلومات كما تقدم وذلك معلوم .

تنبيهٌ : وإذا امتنع الزراع[٨] في الصحيحة من تمام ما عقد عليه لا لعذر أجبر خلاف شريح وأما للعذر فيجوز ذلك لكن لا أجرة لما فعله الزراع من المقدمات ولا يرجع بغرامته عليها لأنه لم يفعل المقصود إلا أن يتبرع صاحب الأرض بذلك فذلك مندوب لئلا يضيع عمله.

قال ض زيد: فإن كان قد أتى ببعض المقصود استحق بقسطه [٩].

قوله عليلم " **وَالزَّرْعُ فِي الْفَاسِدَةِ [ومنها الْمُخَابَرَةِ]** [١٠] **لِرَبِّ الْبَذْرِ وَعَلَيْهِ الْأُجْرَةُ** " فإن[١١] اختل أحد شروط الإجارة الصحيحة فسدت المزارعة وكان حكمها ما ذكره.

ومن جملة المزارعة الفاسدة المخابرة على قول ابن عباس وابن عمر وأبي هريرة وهو مذهب القاسمية ومالك والفريقين، وصورتها أن يدفع الرجل أرضه إلى غيره على أن يزرعها وله ما يتفقان عليه من نصف أو غيره فتفسد لجهالة الأجرة [١٢]، ولما ثبت في

---

1 - نهاية ورقة ٣٢٢ من (ب).
2 - الزيادة من (أ).
3 - نهاية ورقة ٣٠٩ من (أ).
4 - في (ب)" أضيفت كلمة "هاذين " وليست في الغيث.
5 -الغيث المدرار ج٣(خ) .
6 - الزيادة من (أ).
7 - الأزهار - (١ / ١٢٢).
8 - في (أ)"الرزاع" وهو تصحيف.
9 -الجامع في الشرح (خ)والغيث المدرار ج٣(خ) .
10 - الزيادة من (ب).
11 - في (ب)"فإذا".
12 - البحر الزخار - (٩ / ٤٣٤)والبحر الرائق ج٨/ص١٨١ ونهاية المحتاج ج٥/ص٢٤٧ والاستذكار ج٧/ص٥٧.

الصحيحين عن جابر أن النبي صلى الله عليه وآله " نهى عن الْمُخَابَرَةِ "[1]، وفي رواية أبي داود عن جابر قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وآله يقول" من لم يَذَرْ[2] الْمُخَابَرَةَ فَلْيَأْذَنْ بِحَرْبٍ من اللَّهِ وَرَسُولِهِ "[3]. وفي هذا المعنى أحاديث أخر نحو ذلك.

وعن علي عليلم وسعد بن أبي وقاص وابن مسعود وعمّار[4] ومعاذ ثم زيد بن علي والباقر والصادق والناصر والمؤيد وأبي يوسف ومحمد وغيرهم يصح[5]، لفعله صلى الله عليه وآله في أرض خيبر كما أخرجه الستة إلا الموطأ من حديث ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وآله أعطى خَيْبَرَ بِشَطْرِ ما يَخْرُجُ منها من ثَمَرٍ أو زَرْعٍ " [6]وفي رواية له أخرى أن النبي صلى الله عليه وآله " دَفَعَ إلى يَهُودِ خَيْبَرَ نَخْلَ خَيْبَرَ وَأَرْضَهَا على أَنْ يَعْتَمِلُوهَا من أَمْوَالِهِمْ وَلِرَسُولِ اللَّهِ صلى الله عليه وآله وسلم شَطْرُ ثَمَرِهَا " [7]. وفي هذا المعنى روايات وأحاديث أخر.

قلنا: هي منسوخة بما روينا، ويدل على ذلك حديث ابن عمر قال كنا نُخَابِرُ ولا نَرَى بِذَلِكَ بَأْسًا حتى زعم رَافِعَ بن خَدِيجٍ أن رسول الله صلى الله عليه وآله نهى عن المخابرة فَتَرَكْنَاهُ لِقَوْلِهِ" رواه الشافعي[8]، ورواه مسلم بمعناه[9]، وفيه روايات أخر [10]، وقيل إنما جعل النبي صلى الله عليه وآله لهم نصف الغلة طعمة لا أجرة، أو أبقى أهل خيبر عبيداً

---

1 - أخرجه البخاري في صحيحه -كتَاب الْمُسَاقَاة الشرب -بَاب الرَّجُلِ يَكُونُ له مَمَرٌّ أو شِرْبٌ في حَائِطٍ أو .. -٢٢٥٢ (ج٢/ص٨٣٩) ومسلم في صحيحه -كِتَاب الْبُيُوعِ -بَاب النَّهْيِ عن الْمُحَاقَلَةِ وَالْمُزَابَنَةِ وَعَنْ الْمُخَابَرَةِ وَ...-رقم١٥٣٦. (ج٣/ص١١٧٤).

2 - في (أ)"يدع" والصحيح ما أثبته.

3 - أخرجه أبو داود في سننه -كتاب البيوع -بَاب في الْمُخَابَرَةِ -رقم٣٤٠٤ (ج٣/ص٢٦٢)–والحديث ضعيف ينظر (صحيح وضعيف الجامع الصغير - (٢٦ / ٢٥٧).

4 - هو عمار بن ياسر بن عامر المذحجي، أبو اليقظان. من نجباء الصحابة، شهد بدراً والمشاهد كلّها. كان من السابقين. عاش ثلاثاً وتسعين سنةً، وتوفِّي سنة سبع وثلاثين للهجرة. قُتل يوم صفِّين مع عليّ، رضي الله عنهما، وكان ممَّن عُذِّب في الله في أوَّل الإسلام، وأُمُّه أوَّل شهيدةٍ في الإسلام، طعنها أبو جهلٍ في قُبُلِها. (الوافي بالوفيات - (٧ / ١١٧).

5 - ينظر صحيح البخاري (ج٢/ص٨٢٠) و البحر الزخار - (٩ / ٤٣٤) و شرح الأزهار - (٣ / ٣١٣) والبحر الرائق (ج٨/ص١٨١) .

6 -أخرجه البخاري في صحيحه -كتَاب الْمُزَارَعَةِ -بَاب الْمُزَارَعَةِ بِالشَّطْرِ وَنَحْوِهِ ...-رقم٢٢٠٣ (ج٢/ص٨٢٠). و مسلم في صحيحه -كتَاب الْمُسَاقَاةِ -بَاب الْمُسَاقَاةِ وَالْمُعَامَلَةِ بِجُزْءٍ من الثَّمَرِ وَالزَّرْعِ -رقم١٥٥١ (ج٣/ص١١٨٦). و أبو داود -كتاب البيوع - بَاب في الْمُسَاقَاةِ -رقم٣٤٠٨ (ج٣/ص٢٦٢). و النسائي في السنن الكبرى -ذكر اختلاف الألفاظ المأثورة في المزارعة –رقم ٤٦٦٤(ج٣/ص١٠٨).و الترمذي في سننه -كِتَاب الْأَحْكَامِ -بَاب ما ذُكِرَ في الْمُزَارَعَةِ - رقم١٣٨٣(ج٣/ص٦٦٦).و ابن ماجه في سننه -كتاب الرُّهُونِ -بَاب مُعَامَلَةِ النَّخِيلِ وَالْكَرْمِ -رقم٢٤٦٧(ج٢/ص٨٢٤).

7 - أخرجه مسلم في صحيحه- -كِتَاب الْمُسَاقَاةِ -بَاب الْمُسَاقَاةِ وَالْمُعَامَلَةِ بِجُزْءٍ من الثَّمَرِ وَالزَّرْعِ. رقم-١٥٥١ (ج٣/ص١١٨٧).

8 - في مسنده (ج١/ص٢٤٢).

9 - في صحيحه -كِتَاب الْبُيُوعِ - بَاب كِرَاءِ الأرض-رقم ١٥٤٧ (ج٣/ص١١٨٠).

10 - كما هي في سنن ابن ماجه -كتاب الرُّهُونِ -بَاب الْمُزَارَعَةِ بِالثُّلُثِ وَالرُّبُعِ - ٢٤٤٩ واللفظ له(ج٢/ص٨١٩) .

ففرض لهم نصف الغلة نفقة أو من عليهم بأنفسهم وبالأرض، وفرض عليهم نصف الغلة جزية، وهي تقبل الجهالة حكى هذه التأويلات في البحر[1]، ولعل النسخ أظهر والله أعلم.

وإنما قلنا أن الزَّرْعُ فِي الْفَاسِدَةِ لِرَبِّ الْبَذْرِ لما رواه الهادي عليلم عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال" الزَّرْعُ لِمَنْ زَرَعَهُ "[2] ولأنه إذا كان هو الباذر له أو غيره بأمره فهو باقٍ على ملكه فإذا كان البذر من الزراع فالزرع له، وعليه أجرة الأرض لمالكها، وإن كان البذر من مالك الأرض فالزرع له، وعليه أجرة الزراع وإن كان البذر منهما جميعاً كان الزرع بينهما على قدر ملكهما في البذر وللزراع على صاحب الأرض قدر حصته من أجرة عمله وعليه لصاحب الأرض أجرة حصته من الزرع.

قال في الغيث: فأما أجرة الزراع[3] فيقدر بالدراهم لأجل العادة وأما كراء الأرض فإن جرت فيها العادة بالدراهم فظاهر وإن لم تجر بذلك عادة، فقال المنصور: إذا كانت عادتهم أنهم يؤجرونها بالنصف قدر الوسط من زرعها وتحت نصف قيمته وقرره الفقيه ح للمذهب.

قيل: ويكون بأوسط الأسعار في السنة، ولو قيل بقدر لو طلب بأجيرها بالدراهم كم كان يحصل فيجب مثل ذلك كان محتملاً ، وأما المزارعة الصحيحة فحكمها أنه يجب الوفاء بما وقع عليه العقد كما تقدم انتهى [4].

قوله عليلم " **وَيَجُوزُ التَّرَاضِي بِمَا عقدا** "فإذا عقدا على نصف الغلة فسلمه صاحب الزرع للآخر عن أجرته على وجه المراضاة جاز ويكون ذلك بمنزلة المعاطاة ذكر ذلك أبو مضر للمؤيد، ومنه يؤخذ للمؤيد صحة المعاطاة لأنه قال وليس للدافع الاسترجاع بعد ما قبض الآخر تلك الغلة سواء كان باقياً في يده أم تالفاً .

قال أبو مضر: فأما إذا وقع[5] بغير قيد العوض عما يلزمه من الأجرة فقد ذكر المؤيد أنه يقع عن الأجرة لأجل العرف.

قال: لكن الأولى أن لا يقع عن الأجرة والدين إلا بالنية[6].

---

1 - البحر الزخار - (٩ / ٤٥٢) .
2 -لم يذكره إلا صاحب البحر الزخار (٩ / ٤٣٧) دون غيره ولم أعثر عليه في كتب الحديث .
3 - في (ب)"الزرع".
4 -الغيث المدرار ج٣(خ) .
5 - في (ب)"دفع".
6 - في (ب)"بالبينة".

قيل: والأولى قول المؤيد أنه يملك في الظاهر، وقيل يملك ظاهراً وباطناً لأن العرف كالمنطوق به [١].

قوله عليلم:" **وَبَذْرُ الْغَصْبِ اسْتِهْلَاكٌ غالباً** "فلو غصب إنسان بذراً لغيره وبذرة في أرضه أو أرض غيره كان ذلك استهلاكاً للبذر على المذهب، وقال الناصر والمؤيد والشافعي: أن ذلك لا يكون استهلاكاً، فعلى المذهب يملكه الباذر بغرم لصاحب البذر مثله ويسلم لصاحب الأرض أجرتها ويملك ما أغلت، ويلزمه عشره حيث يجب ويطيب له الباقي كما أفاده قول المؤلف عليلم " **فيطيب الثابت ويعشره كَمَا لَوْ غَصَبَ الْأَرْضَ وَالْبَذْرُ لَهُ** " يعني فإنه يملك الغلة ويعشرها ويلزمه كراء الأرض ويطيب له الباقي [٢].

قال في الشرح: وأرد بغالباً الاحتراز من صورتين: إحداهما أن يبذر الغاصب البذر الغصب ثم يسقيه المطر إن شاء أن تبذر به شخص ويسقيه آخر فإن البذر[٣] فيهما يبقى على ملك صاحبه ذكره الفقيه ع واختاره المؤلف عليلم وقيل بل يملكه الساقي وهذا الذي أفاده قوله غالباً مزيد من المؤلف عليلم .

نعـــــم: وحيث يكون بذر أحدهما مغصوباً وبذر الآخر حلالا فإن كان المغصوب بذر صاحب الأرض ملكه الزراع مع نصيبه لأن أمر الغاصب كلا أمر، وإن كان المغصوب بذر الزراع لم يملك إلا قدره ويكون الزرع بينهما وعليه قدر حصته من أجرة الأرض وهذا كله على قول[/٤] الهادوية بأن البذر استهلاك، وأما على قول المؤيد ومن وافقه أنه ليس باستهلاك فيكون الزرع لصاحب[/٥] البذر والعشر عليه، وأما كراء الأرض فلعله يأتي فيه الخلاف بين الهادي والمؤيد، هل يكون على الواضع أو على المالك ؟

قيل[ع][٦]: إلا أن يكون صاحب الأرض هو الباذر فقد أباح منافعها، وأما الزراع فلا أجرة له إلا أن يجهل كون البذر مغصوباً ويأتي على كلامهم حيث البذر المغصوب من الزراع أنه يكون الزرع بين صاحب الأرض وصاحب البذر نصفين وللزراع نصف أجرته على صاحب الأرض وعليه نصف أجرة الأرض، يعني حيث كان البذر نصفين وإلا فيحسبه ولا شيء على صاحب البذر.

---

1 - شرح الأزهار - (٣ / ٣١٤)بأكثر لفظه .
2 - شرح الأزهار - (٣ / ٣١٥) .
3 - في (أ)زيادة كلمة "يبقى".
4 - نهاية ورقة ٣٢٣ من (ب).
5 - نهاية ورقة ٣١٠ من (أ).
6 - الزيادة من (أ).

قلت: إلا على قول م بالله أن الأجرة على المالك فيكون أجرة حصته من الزرع عليه لا على الزراع والله أعلم .

قال في الشرح: وإنما حذف المؤلف عليلم لفظة "الطَّعَامِ" وعدل عن قوله "وَيَمْلِكُ الغلة"[١] إلى قوله "الثابت" ليدخل في ذلك جميع ما يصح أن يكون الحكم فيه كذلك أو[٢] لا وجه لتخصيص الطعام انتهى[٣].

1 - الأزهار - (١ / ١٢٢).

2 - في (ب)"و".

3 -الجامع في الشرح (خ) .

"فَصْـــــــلٌ"

[أنواع المغارسة]

" **وصحيح الْمُغَارَسَة أَنْ يَسْتَأْجِرَ مَنْ يَغْرِسُ لَهُ ما يملكه كشبهها غالباً** "يعني أن المغارسة صحيحة وفاسدة فالصحيحة ما ذكره، وهي أن يستأجر مالك الأرض من يغرس [له] [١] في أرضه غروساً يملكها المستأجر مع استكماله[٢] شروط الإجارة.

وقوله: "كشبهها" معنى وكذا ما أشبه المغارسة من الأعمال كالبناء والتجصيص فإنه يشترط أن تكون الحجارة والجص من المستأجر.

وقوله "غالباً " احتراز مما خصه الإجماع أنه على الأجير كالخيط على الخياط، والحبر على النساخ، والصبغ على الصباغ، والعلم في الثوب والأشراس[٣] فإنه قد وقع الإجماع على صحة هذه الاجارات، وإن كانت هذه الأعيان من الأجير، ويحترز من أن يستأجر رب الأرض الغارس على غرس أشجار يملكها الغارس في أرض المستأجر على أن تكون الأرض والشجر بينهما فهده الصورة تصح ويكون بيعاً وأجرة، ذكره المؤلف عليلم، وقال: إن ذلك يتضمن البيع فكأنه باع من الغارس نصف الأرض بنصف الغروس وبأجرة عمله في غرس هذا النصف.

قال عليلم: وقد فهم ذلك مما تقدم في كتاب البيع أنه يكفي [في][٤]الضمني ابتعاد كما تقدم بيانه.

قال: ولا يكون لذلك حكم المغارسة بل لها ذلك الحكم والاحتراز بهذه الصورة عايد إلى المغارسة هكذا في الشرح [٥].

قوله عليلم :" **وَيَحْفِرَ ويُصْلِحَ بأجرة ولو بجزءٍ من نحو الْأَرْضِ بشروط ذلك** " أي ويشترط في صحة المغارسة أن يكون المشروط على الأجير من الحفر والإصلاح قدراً معلوماً وأن تكون الأجرة معلومة ولو كانت جزءاً من الأرض من نصف، أو ربع أو غيرهما وأن تكون المدة معلومة، وأراد بنحو الأرض أن تكون الأجرة جزءاً من الشجر الموجود، أومن الثمر الصالح الموجود وأن يكون الغروس ملكاً للغارس إلا في الصورة التي تقدمت فإن أختل شيء من الشروط المذكورة فسدت المغارسة كما أفاده المؤلف عليلم

---

1 - الزيادة من (أ).
2 - في (ب)"استكمال".
3 - هو نبات يخرج منه بزر مستطيل يتخذ منه غراء قوي تلصق به الفتوق وجلود الكتب.(المعجم الوسيط (١ / ١٩)
4 - الزيادة من (أ).
5 - الجامع في الشرح (خ) .

بقوله " **وَإِلَا فَفَاسِدَةٌ**[١] **وَإِنْ اخْتَلَفَ الْحُكْمُ** " أي حكم ذلك الفاسد فحيث يكون الفساد لكون الغروس غير مملوكة لرب الأرض فالحكم أن الأشجار تكون لمالكها وعليه كراء مدة لبثها وعند التفاسخ يخير الغارس بين أن يتركها لرب الأرض ويأخذ منه قيمتها قائمة ليس لها حق البقاء وبين أن يقلعها، ويأخذ أرش نقصانها وأما إذا فسدت لجهالة المدة أو لجهالة العمل أو الأجرة مع أن الغروس لرب الأرض فالحكم فيها خلاف ما تقدم وهو أن الغروس لرب الأرض وعليه أجرة المثل للغارس .

قوله عليلم: " **وَمَا وُضِعَ بِتَعَدٍّ ولو تُنُوسِخَ فَأُجْرَتَهُ وَإِعْنَاتَهُ عَلَى الْوَاضِعِ** "أي ما وضعه واضع في ملك الغير على وجه التعدي ولو تنوسخ ذلك الموضع بأن أخرجه مالكه الأول عن ملكه توقف أو غيره فإن أجرة لبثه في ملك الغير وأرش ما وقع به من عنت على نفس، أو مال، يكونان على واضعه لا على مالكه على المذهب وعند المؤيد أن الأجرة والأرش المذكورين [يكونان][٢] على مالك الموضوع لا على واضعه، وقد ذكروا في ذلك خمس صور:

الأولى : أن يغرس غارس شجراً في أرض غيره بغير إذنه ثم يقفه على مسجد أو غيره فلا خلاف أن أجرته قبل الوقف[٣] على واضعه لأنه المالك والواضع، فأما بعد الوقف فإن تصرف عليه أو المتولي قي الأرض صار غاصباً لها فتلزمه الأجرة، وكذا بعد رضا مالك الأرض تكون الأجرة على الموقوف عليه من غلة الوقف فأما قبل تصرفه وبعد الوقف، وقبل رضا المالك فعلى ما حصله القاضي زيد للهادوية تكون الأجرة على الغارس أيضا لأن بقاء الغروس اثر فعله، وعند المؤيد أنها على الموقوف عليه من غلة الوقف [٤] .

الصورة الثانية: من وضع متاعه في أرض الغير بغير رضاه ثم باعه فإن أجرة لبثه في أرض الغير على واضعه إلى أن يقبضه المشتري بالتخلية وفاقاً، وأما بعد تنقيل المشتري له فتكون الأجرة عليه وفاقاً، وأما بعد قبضه بالتخلية وقبل نقله فعلى قول الهادوية يكون على البائع لأن بقاه أثر فعله كما تقدم، وعلى قول المؤيد على المشتري لأنه المالك له [٥].

الصورة الثالثة: من وضع ميزاباً في ملكه إلى طريق مسبلة ثم باع الدار وقبضها المشتري ولم ينقل الميزاب ثم سقط على آدمي أو غيره فأعنت فإن أرشه يكون على الخلاف المتقدم، فإن كان الواضع له البائع فالأرش عليه ما لم ينقله غيره على أصل

---

1 - في (ب)"ففاسد".
2 - الزيادة من(ب).
3 - في (ب)"الوقوف".
4 -الغيث المدرار ج٣(خ) .
5 - المرجع السابق.

الهادوية، ولو كان الواضع له قد مات فإن الأرش يكون في تركته ولو اقتسمها الورثة ولا رجوع له بذلك على من أمره بوضع الميزاب إلا إذا غره .

الصورة الرابعة: إذا بذر إنسان بذراً لغيره بإذن مالكه في أرض مغصوبة فأن الأجرة عند الهادوية على الباذر عند م بالله على مالك البذر .

الصورة الخامسة: إذا أمر إنسانٌ غيره أن يضع متاعه على دابة الغير بغير إذنه فإن أجرة الدابة تكون على الخلاف، وعلى الجملة فالهادوية يعتبرون الأثر والمؤيد يعتبر الملك، والظاهر أنه يوافقهم في أن مالك الأرض أو الدابة له أن يطالب الواضع بالأجرة وهو يرجع بها على [1/] الأمر حيث هو مغرور من جهته والله أعلم [٢].

قوله عليلم " **وَإِذَا انْفَسَخَتْ** [3/]**الْفَاسِدَةُ فكما مر غالباً** " يعني في كتاب الشفعة من ثبوت الخيار[٤] في الغرس إن لم يكن عليه ثمر فإن كان الغروس ملكاً للغارس فإنه يخير بين تركها وأخذ قيمتها قائمة ليس لها حق البقاء وبين قلعها وأخذ الأرش، وهو ما بين قيمتها مقلوعة وقائمة غير مستحقة للبقاء .

قيل: ذكره المؤيد وأما عند الهادوية فلا أرش، ومع القلع وعليه أجرة الأرض في الوجهين، وأرش ما نقص من قيمة الأرض بالغرس[٥] والقلع، وإن كانت الغروس من مالك الأرض فهي له وثمارها وعليه أجرة الغارس[٦] فيما عمل في الأرض والغرس إلا ما قد تراضيا به فيما مضى في الصورتين، وأما[٧] إذا كان على الأشجار ثمر ففيها وفي الزرع الثلاثة الخيارات وهي ترك الثمر إلى الصلاح والزرع إلى الحصاد، أو أخذ قيمة ذلك قائماً [ليس له حق] [٨] البقاء أو قلعه، وأخذ الأرش على الخلاف الذي تقدم .

قال في الغيث: وإنما جعلنا الخيار للغارس لا لرب الأرض لأنه غرس بإذن مالك الأرض فلم يكن غاصباً انتهى[٩].

---

1 - نهاية ورقة ٣٢٤ من (ب).
2 - المرجع السابق وشرح الأزهار - (٣ / ٣١٧).
3 - نهاية ورقة ٣١١ من (أ).
4 - في (ب)"الخيارين".
5 - في (ب)"بالغروس".
6 - في (ب)"الغرس".
7 - في (ب)"فأما".
8 - في (ب)" لا يستحق "بدل مابين المعقوفتين.
9 -الغيث المدرار ج٣(خ) .

وقوله: "غالباً" احتراز من أن يكون الغروس من الغارس وكان قد شرط عليه مالك الأرض عند العقد قلعها إذا تشاجرا فإنه يجب عليه القلع من دون خيار ولا أرش وهذه من الزوائد وقد ذكر نحوها في الزهور وقال أنه اتفاق [١].

مسألة " ولا تنفسخ المغارسة الصحيحة بموت مالك الأرض كالتأجير وأما في الفاسدة فللورثة طلب رفع الغروس لعدم اللزوم فيخير الغارس بين رفع غرسه أو طلب قيمته غير مستحقه[٢] للبقاء كما مر إذا لم يبعد بالوضع على ما تقدم .

وقيل ح: لا خيار له هنا بل يقلع غرسه إذ لا تغرير من الورثة و لا من أبيهم لأن الأذن المطلق يفضي إلى الموت لا بعده [٣].

مسألة:" وصيغة المغارسة غارستك أو عاملتك أو اغرس هذه الأرض على كذا مع القبول أو تقدم السؤال، أو يعقدا على ذلك عقد إجارة.

قال الإمام يحيى: وتنفسخ بموت الأجير لتعيينه كما إذا[٤] استأجر إنسان دابة معينة فتلفت، وإذا استحقت الأرض رجع العامل على مستأجره بأجرته للغرر، والقول له في عدم العلم، وأما إذا هرب العامل فللمالك الفسخ إذ الهرب عذر، وعليه حصة ما مضى من الأجرة، وللحاكم أن ينوب عن العامل [٥].

قيل: فإن لم يكن حاكم فللمالك أن يعمل عن الأجير للضرورة ويرجع عليه وقيل لا إذ عمل لنفسه وقيل يرجع إن أشهد على نية الرجوع.

قال الإمام يحيى: وهو الأصح [٦].

مسألة: وإذا نبت بذر مملوك في أرض لغير مالكه بغير فعل من أحد فالزرع لمالك البذر، ولا يجوز قلعه وعلى مالكه أجرة [مكثه في] [٧]الأرض لمالكها بعد مطالبته، وأما قبل مطالبته فكذلك على قول المؤيد لا على قول الهادوية [٨].

---

1 -الزهور (خ).
2 - في (ب)"مستحق".
3 - البيان لابن مظفر (١٦٨/٣).
4 - في (ب)"لو".
5 -البحر الزخار - (٩ /٤٤٤، ٤٤٥) .
6 - المرجع السابق.
7 - سقط من (ب).
8 - البيان لابن مظفر (١٦٦/٣) .

"فَصْـــــلٌ"

وصحيح الْمُسَاقَاة أَنْ يَسْتَأْجِرَ لِإِصْلَاحِ الْغَرْس [كَمَا مَرَّ] [١] " حاصل ما أشار إليه المؤلف عليلم أن المساقاة صحيحة وفاسدة فالصحيحة حيث يستأجره على القيام بما يصلح الشجر من العمل المعلوم كما تقدم في المغارسة، وسائر ما يحتاج إليه الشجر في العادة من الأعمال مع بيان كل [واحد من] [٢] ذلك لفظاً أو عرفاً مدة معلومة بأجرة معلومة، ولو جزءاً من [الأرض أو من الشجر] [٣][المعين] [٤] أو منهما معاً، أو بشجر آخر [معين] [٥] مع ذكر حقوقه أو بجزءٍ من الثمر إذا كان ذلك بعد إدراكه لا قبله والفاسدة حيث يختل أحد هذه الشروط، أو يجعل الأجرة جزءاً من الثمار قبل إدراكها أو قبل ظهورها إلا على قول من يصحح المخابرة.

وقوله عليلم "كما مر" يعني في المغارسة الصحيحة.

وقوله "غالباً" قال في الشرح: احتراز من أن يكون الماء الذي يسقي به الغرس غير مملوك للساقي بل مباح، وكان الإصلاح بالأجر إلى آخر ما ذكره [٦].

قلت: والظاهر استواء المغارسة والمساقاة في [هذا الحكم لأنه يشترط فيهما أن يكون الماء ملكاً للمستأجر أو جعالة له فإن كان ملكاً للأجير لم يصح فيهما إلا ان يكون مقدراً موجوداً] [٧] في ملكه فيكون بيعاً وإجارة بشروطهما، فأما إذا كان مباحاً فإن كان سقيه به بالإجراء في المباح أو في ملك المستأجر من دون تنقيل صح اتفاقاً بين السيدين في البابين مع كون الماء ليس ملكاً للمستأجر وإن كان بالتنقيل صح عند المؤيد إذ يصح عنده الاستئجار على المباح لا عند الهادوية لأن الأجير يملكه بالتنقيل عندهم فتفسد المغارسة والمساقاة بذلك لما مر.

قوله عليلم " **وتؤخذ المباذرة مما مر** " أي يؤخذ حكم المبادرة مما تقدم ذكره في المزارعة وذلك أنها صحيحة وفاسدة فالصحيحة حيث يعطي الإنسان غيره حباً معلوماً يملكه ويكتري من ذلك الغير نصف أرضه مثلاً مدة معلومة بربع ذلك الحب ثم يستأجره على زراعة هذا النصف الذي اكتراه منه بربع الحب فيصير الحب بينهما نصفين ثم يبذر

---

1 - سقط من (ب).
2 - الزيادة من (أ).
3 - في (ب) "الشجر أو من الأرض"بدل مابين المعقوفتين ".
4 - الزيادة من (أ).
5 - الزيادة من (أ).
6 - الجامع في الشرح (خ).
7 - سقط من (أ).

بالحب كله في جميع الأرض فيكون الزرع بينهما فإن تراضيا بذلك جاز، وإن تشاجرا فالزرع لمالك البذر وعليه أجرة الزراع وأجرة أرضه .

قوله عليلم " **وَالْقَوْلُ لِمُنْكِرِ خلاف الأصل** "فإذا اختلف المالك والغارس في الإذن وعدمه فالقول للمالك إذ الأصل عدم الإذن والبينة على الغارس فإن بيّن كان الحكم ما مر في المغارسة الفاسدة وإن لم يبين، وحلف المالك لزم الغارس القلع [وأجرة الأرض وما نقص من قيمتها بالغرس والقلع] (١) وكذا حيث اختلفا في القدر المؤجر من الأرض، فقال الزراع: أجرت مني النصف وقال المالك: بل الربع أو نحو ذلك، فإن البينة على الزراع لأن الأصل عدم ما ادعاه والقول لرب الأرض ويكون الكلام كما مر.

قوله عليلم " **ولِذِي الْيَدِ على الأرض فِي الْبَذْر مع الإمكان** " فإذا اختلفا في المزارعة فمن البذر فالقول لمن الأرض المزروعة في يده إذ الظاهر معه وعلى الخارج البينة فإن كانت في أيديهما معاً[٢/] فالظاهر أن الزرع لهما على سواء، ومن ادعى خلاف ذلك منهما فعليه البينة وقوله مع الإمكان من الزوائد[٣/] ومعناها أنه إنما يكون القول لمن له اليد على الأرض في أن البذر منه إذا أمكن كونه منه وأما حيث لا يمكن ذلك فلا .

فائـــــدةٌ: ما ذكره أهل المذهب في المزارعة والمغارسة والمساقاة والمذاراة فهو جار على قاعدة الإجارة بشروطها المعتبرة، وذلك هو الأحوط، وللشافعية اصطلحات فيها يخالف ما تقدم ذكره.

قالوا في حد المساقاة: هي عقد على دفع شجر مخصوص إلى من يتعهده بالسقي والإصلاح مدة معلومة على جزء من الثمر مسمى بشروط.

قالوا: وهي تشارك القراض في كون العمل فيها ببعض الثمار وهو عوض مجهول، وتشارك الإجارة في اللزوم والتوقيت وأصلها حديث ابن عمر في الصحيحين أن النبي صلى الله عليه وآله عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من زرع أو ثمر (٤).

قالوا: والمعنى في مشروعيتها أن المالك قد لا يحسن التعهد إذ لا يتفرغ له ومن يحسن، ويتفرغ قد لا يملك الشجر فيحتاج هذا إلى العمل والمالك إلى الاستعمال ولو استأجر للعمل لعدم الأجرة عاجلاً وقد لا يخرج الشجر شيئاً ولتهاون الأجير في تعهدها حيث لا نصيب له فيما يخرج منها فدعت الحاجة إلى تجويز هذا العقد. قالوا وإنما تصح المساقاة على جهة

---

1 - سقط من (ب).
2 - نهاية ورقة ٣٢٥ من (ب).
3 - نهاية ورقة ٣١٢ من (أ).
4 - سبق تخريجه آنفاً .

الاستقلال في النخل والعنب المغروس المعين فلا يصح في غير النخل والعنب إلا تبعاً لهما كما سيأتي.

أما صحتها في النخل فللحديث المتقدم، وأما صحتها في العنب فالقياس على النخل بجامع وجوب الزكاة فيهما وإمكان الحرص فيهما لتدلي عناقيدهما، بخلاف ثمار ساير الأشجار لأنها تنتشر وتستر بالأوراق واحترزوا بالمغروس مما إذا ساقاه على أن يغرس غروساً ويتعهدها مدة معلومة، ويكون الشجر لهما أو يكون للعامل نصيب من الثمر الذي يحدث فإن هذا لا يصح لأن المساقاة لم ترد إلا في أصول ثابتة، وهي رخصة فلا يتعدى موردها.

قالوا: وإذا عمل العامل في هذا العقد الفاسد استحق أجرة المثل إن كانت الثمرة مرجوة في مثل المدة المضروبة وإلا فلا شيء له، لأنه وطن نفسه على العمل مجاناً.

واحترزوا بالمعين مما إذا ساقاه على إحدى الحديقتين لا بعينها[١] أو على نصيب له في الشجر مشاع فلا يصح ذلك لجهالة محل العمل في الأولى وتعذر العمل عقيب العقد في الثانية.

واحترزوا بالمرئي مما لم يره العامل لأن في المساقاة غرراً فلا يضم إليه غرر عدم الرؤية قالوا وتصح المساقاة بعد ظهور الثمر لا بعد صلاحه على الأصح إذ لا تأثير للعمل بعد الصلاح .

فـــــرع : قالوا: وتصح المساقة في غير النخل والعنب من الشجر المثمر تبعاً لهما لا استقلالا، وكذلك المزارعة فيما تخلل النخل والعنب من الأرض تبعاً لهما، ولا تصح المزارعة على جهة الاستقلال لحديث ثابت بن الضحاك وقد تقدم [٢].

وأما المخابرة فلا تصح مستقلة ولا تبعاً للمساقاة لأحاديث النهي عنها، وقد تقدمت.

والفرق بين المزارعة والمخابرة أنَّ البذر في المزارعة من مالك الأرض وفي المخابرة من العامل أو كلاهما ببعض ما يحصل في الزرع [٣]، وإنما صححوا المزارعة على جهة التبعية للمساقاة لأن معاملة أهل خيبر على شطر ما يخرج من ثمر وزرع خاص فقدم على عموم النهي عن المزارعة، وقد استشكل[٤] ما ذكره في المزارعة من أن البذر فيها من

1 - في (ب)"بعينهما".

2 -أخرجه مسلم في صحيحه -كِتَاب الْبُيُوعِ - بَاب في الْمُزَارَعَةِ وَالْمُؤَاجَرَةِ -رقم١٥٤٩ –بلفظ " أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ r نهى عن الْمُزَارَعَةِ "(ج٣/ص١١٨٣).

3 -عون المعبود (ج٩/ص١٩٣).

4 - في (ب)"أشكل".

المالك إذ لم ينقل أن النبي صلى الله عليه وآله كان يدفع بذراً إلى أهل خيبر، ولم يرد لفظ المزارعة في شيء من طرق الحديث، وأجاز جماعة منهم المزارعة والمخابرة مطلقاً، وحملوا أحاديث النهي [فيهما] [١] على ما إذا شرط لأحدهما زرع قطعة معينة وللآخر الأخرى[٢] لحديث رافع بن خديج في الصحيحين "كان أَحَدُنَا يُكْرِي أَرْضَهُ فيقول هذه الْقِطْعَةُ لي وَهَذِهِ لك فَرُبَّمَا أَخْرَجَتْ هذِهِ ولم تُخْرِجْ هذِهِ فَنَهَاهُمْ النبي صلى الله عليه وآله عن ذلك[٣].

فــــرع: وإنما تصح المزارعة تبعاً عند من اعتبر ذلك منهم فيما تخلل شجر المساقاة من الأرض فقط بشرط اتحاد العقد والعامل وبشرط عدم باقي أفراد كل منهما بالسقي ونحوه مع حصول نفع لأشجار المساقاة بالزرع خلالها، فإن اختل أحد هذه الثلاثة الشروط لم يصح.

قالوا: ولا يضر اختلاف قدر المشروط من الثمر والزرع كأن يشرط للعامل من الثمر الثلث، ومن الزرع النصف.

فــــرعٌ: قالوا وإنما تصح المساقاة بلفظ ساقيتك على هذا النحل مثلاً بكذا أو عاملتك عليه بكذا واعمل عليه بكذا، و[٤] ما يؤدي معنى ذلك مع قبول العامل، ولا تنعقد المساقاة بلفظ الإجارة على الأرجح عندهم كما لا تصح الإجارة بلفظ المساقاة [٥]، قالوا ويملك العامل حصته من الثمر بظهوره[٦].

وحاصل ما ذكروه صحة المساقاة في النخل والعنب بنصيب من الثمر لا غيرهما، إلا تبعاً لهما كما مر، وأن المزارعة لا تصح إلا تبعاً للمساقاة في الصحيحة كما مر، وأن المخابرة لا تصح مطلقاً، وقد عرفت الفرق بينهما عندهم، وكذا في المغارسة لا تصح عندهم على نصيب مما يخرج من الثمر كما تقدم [٧]، وأهل المذهب لا يصح عندهم أي ذلك، ويطلقون اسم المخابرة على جميع ما ذكر كما تقدم وإنما تصح المزارعة والمغارسة والمساقاة عند أهل المذهب بالشروط المتقدم ذكرها .

---

1 - الزيادة من (ب).
2 - في (ب)"أخرى".
3 - أخرجه البخاري في صحيحه -كِتَاب الْمُزَارَعَةِ -بَاب ما يُكْرَهُ من الشُّرُوطِ في الْمُزَارَعَةِ -رقم٢٢٠٧(ج٢/ص٨٢١) .
4 - في (ب)"أو".
5 -روضة الطالبين (ج٥/ص١٥٧) .
6 - في (ب)"لظهوره".
7 -روضة الطالبين (ج٥/ص١٥٠). و المهذب (ج١/ص٣٩٠). و نهاية المحتاج (ج٥/ص٢٢٠). و عون المعبود (ج٩/ص١٧٧). و نهاية الزين نهاية الزين في إرشاد المبتدئين ، لمحمد بن عمر بن علي بن نووي الجاوي أبو عبد المعطي، -دار الفكر - بيروت، الطبعة: الأولى(ج١/ص٢٦١).

"بَابُ الْإِحْيَاءِ وَالتَّحَجُّرِ"

الأصل في هذا الباب نحو حديث عائشة أن النبي صلى الله عليه وآله قال:" من أَعْمَرَ أَرْضًا لَيْسَتْ لِأَحَدٍ فَهُوَ أَحَقُّ بها".

قال عروة بن الزبير[1]: فقضى به عمر في خلافته [أخرجه] [2] البخاري [3].

وعن عروة بن الزبير أن رسول الله صلى الله عليه وآله قال:" من أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً [فهي] [4] له وَلَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ " أخرجه الموطأ والترمذي و[5]أبو داود وهو مر سل [6].

وقوله" لعرق ظالم" بالتنوين فيهما من دون إضافة، وعن سمرة بن جندب أن رسول الله صلى الله عليه وآله قال:" لمن[7] أحاط حائطاً في موات فهو له " أخرجه أبو داود [8].

وعن سعيد بن زيد[9] أن رسول الله صلى الله عليه وآله قال:" من أحيا أرضاً [ميتة فهي له، زاد سعيد وليس لعرق ظالم حق" أخرجه أبو داود والترمذي [10].

وعنه أيضاً أن رسول الله صلى الله عليه وآله قال من أحيا أرضاً] [11] قد عجز عنها صاحبها وتركها بمهلكة فهي له

---

1 - هو عروة بن الزبير بن العوام القرشي الأسدي ولد سنة ثلاث وعشرين وقيل في آخر خلافة عمر روى عن أسامة بن زيد وأناس، وروى عنه بكر بن سوادة الجذامي وتميم بن سلمة السلمي وخلق ،كان يقرأ ربع القرآن كل يوم نظرا في المصحف ويقوم به الليل فما تركه إلا ليلة قطعت رجله ثم عاود جزوه من الليلة المقبلة قال وكان وقع في رجله الآكلة فنشرها ، مات سنة إحدى أو اثنتين وتسعين . تهذيب الكمال(ج ٢٠ /ص١١) بتصرف.

2 - سقط من (أ).

3 - أخرجه البخاري في صحيحه -كِتَاب الْمُزَارَعَةِ -بَاب من أَحْيَا أَرْضًا مَوَاتًا -رقم ٢٢١٠ (ج٢/ص٨٢٣).

4 - سقط من (أ).

5 - زيادة كلمة "هو" من (أ).

6 - أخرجه مالك في الموطأ -كتاب الأقضية- باب الْقَضَاءِ في عِمَارَةِ الْمَوَاتِ -رقم١٤٢٤(ج٢/ص٧٤٣). و أبو داود في سننه - كِتَاب الْخَرَاجِ وَالْإِمَارَةِ وَالْفَيْءِ - بَاب في إِحْيَاءِ الْمَوَاتِ -رقم٣٠٧٤ (ج٣/ص١٧٨). والترمذي في سننه-كِتَاب الْأَحْكَامِ - بَاب ما ذُكِرَ في إِحْيَاءِ أَرْضِ الْمَوَاتِ –رقم ١٣٧٨ (ج٣/ص٦٦٢).والحديث صحيح (صحيح وضعيف سنن أبي داود -رقم ٣٠٧٤).

7- في (ب)"من".

8 - أخرجه أبو داود في سننه - كِتَاب الْخَرَاجِ وَالْإِمَارَةِ وَالْفَيْءِ - بَاب في إِحْيَاءِ الْمَوَاتِ -رقم ٣٠٧٧ بلفظ " من أحاط حائطا على أرض فهي له "(ج٣/ص١٧٩)وهو صحيح ينظر (إرواء الغليل - (٦ / ١٠) .

9 - هو سعيد بن زيد بن عمرو بن نفيل العدوي القرشي، أبو الأعور: صحابي، من خيارهم، هاجر إلى المدينة، وشهد المشاهد كلها إلا بدرا وكان غائبا في مهمة أرسله بها النبي صلى الله عليه وسلم،وهو أحد العشرة المبشرين .شهد اليرموك وحصار دمشق، وولاه أبو عبيدة دمشق.مولده بمكة، ووفاته بالمدينة سنة ٥١ هـ . الأعلام للزر كلي(٣ / ٩٤).

10 -أخرجه أبو داود في سننه - كِتَاب الْخَرَاجِ وَالْإِمَارَةِ وَالْفَيْءِ -بَاب في إِحْيَاءِ الْمَوَاتِ -رقم٣٠٧٣ (ج٣/ص١٧٨)و الترمذي في سننه - كِتَاب الْأَحْكَامِ -بَاب ما ذُكِرَ في إِحْيَاءِ أَرْضِ الْمَوَاتِ -رقم١٣٧٨(ج٣/ص٦٦٢). والحديث صحيح ينظر (صحيح وضعيف سنن الترمذي - رقم١٣٧٨ (٣ / ٣٧٨).

11 - سقط من (أ).

" ذكره رزين [١].

وعن جابر أن رسول الله صلى الله عليه وآله قال: من أَحْيَا أَرْضًا مَيِّتَةً فَهِيَ له " أخرجه الترمذي [٢].

وعن أَسْمَرَ بن مُضَرِّسٍ[٣] قال أَتَيْتُ النبي صلى الله عليه فَبَايَعْتُهُ فقال من سَبَقَ إلى مَاءٍ لم يَسْبِقْهُ إليه مُسْلِمٌ فَهُوَ له [قال][٤] فَخَرَجَ الناس يَتَعَادَوْنَ يَتَخَاطُّونَ أخرجه أبو داود [٥].

وفي التلخيص ما لفظه "عادى الْأَرْضِ لِلَّهِ وَلِرَسُولِهِ ثُمَّ [٦]هِيَ لَكُمْ مِنِّي، وروى مَوَتَانُ الْأَرْضِ لِلَّهِ وَلِرَسُولِهِ ثُمَّ هِيَ لَكُمْ [مِنِّي] [٧] أَيُّهَا الْمُسْلِمُونَ" الشَّافِعِيُّ عن سُفْيَانَ[٨] عن ابن طَاوُسٍ[٩] مُرْسَلًا بِاللَّفْظِ الْأَوَّلِ، وزاد من طَرِيقِ قَبِيصَةَ[١٠] عن سُفْيَانَ بِاللَّفْظِ الثَّانِي لَكِنْ قال فَلَهُ رَقَبَتُهَا قال وَرَوَاهُ هِشَامُ بن[حجير عن] [١١] طَاوُسٍ [فقال] [١٢] ثُمَّ هِيَ لَكُمْ مِنِّي" [١٣] ثُمَّ سَاقَهُ من طَرِيقِ أبي كُرَيْبٍ[١٤] حدثنا مُعَاوِيَةُ بن هِشَامٍ[١٥] حدثنا سُفْيَانُ عن ابن طَاوُسٍ عن

---

1 - في كتابه (الجمع بين الصحاح الستة) (مخطوط) ولم أعثر عليه في كتب الحديث الأخرى.

2 - أخرجه الترمذي في سننه- كِتَاب الْأَحْكَامِ -بَاب ما ذُكِرَ في إِحْيَاءِ أَرْضِ الْمَوَاتِ -رقم ١٣٧٩- قال أبو عِيسَى هذا حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ. (ج٣/ص٦٦٣) و صحيح عند الألباني (إرواء الغليل - (٦ / ٤).

3 - هو أسمر بن مضرس الطائي، أخو عروة بن مضرس. روت عنه ابنته عقيلة. وهو أعرابي وابنته أعرابية.(الوافي بالوفيات - (٣ / ١٩٢) .

4 - سقط من المخطوط .

5 - أخرجه داود في سننه - كِتَاب الْخَرَاجِ وَالْإِمَارَةِ وَالْفَيْءِ - بَاب في إِقْطَاعِ الْأَرَضِينَ-رقم ٣٠٧١ (ج٣/ص١٧٧).والحديث ضعيف (رواء الغليل - (٦ / ٩) .

6 - في (أ)"و" وفي التلخيص ما أثبت.

7 - سقط من (ب).

8 - ابن عيينة وقد سبقت ترجمته.

9 - هو عبد الله بن طاووس الإمام المحدث الثقة أبو محمد اليماني سمع من أبيه وأكثر عنه ومن عكرمة وجماعة ولم يأخذ عن أحد من الصحابة ، من صغار التابعين حدث عنه أبن جريج ومعمر والثوري وآخرون ، كان من أعلم الناس بالعربية وأحسنهم خلقا ، مات سنة اثنتين وثلاثين ومائة. (سير أعلام النبلاء ١٠٤/٦).

10 - هو قبيصة بن ذؤيب الخزاعي، صحابي، من الفقهاء الوجوه، ولد في حياة النبي r ثم كان على خاتم عبد الملك بن مروان بالشام وتوفي بدمشق سنة ٨٦هـ . الأعلام للزركلي - (٥ / ١٨٩).

11 - سقط من التلخيص.

12 - في (ب)"ثم قال" بدل مابين المعقوفتين .

13 - مسند الشافعي ج١/ص ٣٨٢ وسنن البيهقي الكبرى ج٦/ص١٤٣ -باب لا يترك ذمي يحييه لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم جعلها لمن أحياها من المسلمين -رقم١٥٦٣ وهو ضعيف ينظر (مشكاة المصابيح (٢ / ١٧٩) .

14 - في (أ)"كرب".

15 - هو معاوية بن هشام القصار الأسدي مولاهم يكنى أبا الحسن روى عن الثوري وحمزة الزيات ويونس بن أبى إسحاق وعمر بن غياث روى عنه أبو بكر وعثمان ابنا أبى شيبة وأبو كريب محمد بن العلاء قال عنه يحيى بن معين معاوية بن هشام صالح وليس بذاك . الجرح والتعديل(٨ / ٣٨٥).

أبيه[1] عن ابن عَبَّاسٍ رَفَعَهُ مَوَتَانُ الْأَرْضِ لِلَّهِ وَلِرَسُولِهِ فَمَنْ أحيا [شيئاً منه] [2] فَهُوَ له تَفَرَّدَ بِهِ مُعَاوِيَةُ مُتَّصِلًا وهو مِمَّا أُنْكِرَ عليه.

تَنْبِيهٌ: قَوْلُهُ في آخِرِهِ أَيُّهَا الْمُسْلِمُونَ مُدْرَجٌ ليس [هو] [3] في شَيْءٍ من طُرُقِهِ انتهى [4].

فائـــــدةٌ: قوله "ليس لعرق ظالم حق"[5] وصف العرق بالظلم مجاز وإنما الظالم صاحبه، وعادى الأرض المراد بها الأرض القديمة كأنها من عهد قوم عاد والعرب تصف كل شيء متقادم بأنه عادى.

وقوله "موتان الأرض" قال في النهاية: فيه لغتان فتح الواو وسكونها مع فتح الميم، والمراد بها ما لا ملك فيه لأحد [6].

قال في التلخيص: وَغَلِطَ من قال فيه مُوتَانُ بِالضَّمِّ [7].

قال في النهاية: والموتان ضد الحيوان [8].

قيل: وإحياء الموات مستحب [9]، لما رواه أحمد والنسائي وابن حبان من حديث [جابر][10] مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَلَهُ أَجْرٌ وَمَا[11] أَكَلَتِ العوافي منها فهو له صدقة" [12].

العوافي جمع عافية، وهي كل طالب رزق من آدمي أو[13] غيره [14].

قوله عليلم:" **يجوزان للمسلم في موات لم تتعلق به حق غَالِبًا**" أي يجوز الإحياء والتحجر للمسلم

---

1 -هو طاووس بن كيسان اليماني أبو عبد الرحمن الحميري أدرك خمسين صحابيا ، من عباد أهل اليمن وسادات التابعين ، مات سنة إحدى ومائة أو ست بمكة قبل التروية بيوم وله بضع وتسعون سنة (طبقات الحفاظ ٤١/١) .

2 - في التلخيص بدل ما بين المعقوفتين (منها شيئا).

3 - سقط من المخطوط.

4 -التلخيص الحبير (ج٣/ص٦٢).

5 - بعدها في (أ)زيدت لفظة "حتى" وليست مستقيمة فحذفتها .

6 - النهاية في غريب الأثر (ج٣/ص٣٧٠ ، ٣٧١) .

7 - التلخيص الحبير (ج٣/ص٦٢) .

8 - النهاية في غريب الأثر (ج٣/ص٣٧١).

9 - روضة الطالبين (ج٥/ص٢٧٨).

10 - سقط من (أ).

11 - في (أ) "أما" والصحيح ما أثبته.

12 -أخرجه النسائي في السنن الكبرى - كتاب الطلاق -باب الحث على إحياء الموات -رقم٥٧٥٦(ج٣/ص٤٠٤). و ابن حبان في صحيحه -رقم٥٢٠٣ (ج١١/ص٦١٤) و أحمد بن حنبل في مسنده–مسند أبي سعيد الخدري رضي الله عنه -رقم١٤٣١٠ (ج٣/ص٣٠٤)وهو صحيح ينظر (صحيح وضعيف الجامع الصغير - (٢٢ / ٤١٨).

13 - في (ب) "و".

14 -النهاية في غريب الأثر (ج٣/ص٢٦٦). بتصرف.

دون الكافر [1/]، واستدل على عدم جواز الإحياء[2] للذمي بقوله صلى الله عليه وآله "ثم هي لكم مني"[3] كما تقدم، والخطاب للمسلمين.

قيل: ويعضده رواية النسائي وابن حبان عن جابر "من أحيا أرضاً ميتة فله فيها أجر" الحديث المتقدم[4]، لأن الأجر لا يكون إلا للمسلم، وظاهر المذهب عدم الفرق بين أن يكون الموات في خطط الإسلام أو في خطط أهل الذمة، وظاهر مذهب الشافعية أنه يجوز للكفار إحياء الموات في الأرض التي عقد لهم عليها هدية أو صولحوا على أنها لهم لأنها من حقوق دراهم، ولا ضرر علينا فيه فيملكونه بالأحياء كالاصطياد [5].

وفي البحر عن الإمام ح ما لفظه "وَمَا[6/] صُولِحُوا عَلَى الْإِقَامَةِ فِيهِ لَمْ يَجُزْ إحْيَاءُ مَوَاتِهِ ، إذْ الْأَحْيَاءُ تابع لِجَوَازِ التَّمْلِيكِ ، وَلَيْسَ لَنَا تَمَلُّكِ خِطَطِهِمْ الَّتِي صُولِحُوا عَلَيْهَا تَغَنُّمًا" [7].

والمراد "بالموات" ما لم يكن [قد] [8]عُمِر.

وقوله: "لم يتعلق به حق" احتراز من الموات الذي قد تعلق به حق، فلا يجوز إحياؤه كما سيأتي.

قال في البحر: لَا يَجُوزُ إحْيَاءُ مَا مَلَكَهُ مُسْلِمٌ أَوْ تَحَجَّرَهُ لِقَوْلِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ " لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ [إلا بطيبة من نفسه] [9]"[10]" مَنْ غَصَبَ شِبْرًا " من الأرض"[11] الخبران[12] انتهى[13].

وقال في الغيث: اعلم أنه لا يجوز للذمي إحياء الموات مستقلاً، أي من غير إذن الإمام.

واختلفوا [14]هل يجوز بإذن الإمام أم لا ؟

---

1 - نهاية ورقة ٣٢٨ من (ب).

2 - في (أ)" الأخذ ".

3 - سبق تخريجه آنفاً .

4 - سبق تخريجه آنفاً

5 - روضة الطالبين (ج٥/ص٢٧٨) .

6 - نهاية ورقة ٣١٤ من (أ).

7 -البحر الزخار - (٩ / ٤٦٩) .

8- الزيادة من (ب).

9-الزيادة من (ب) .

10- سبق تخريجه صـــ٤١٦ .

11-أخرجه البخاري في صحيحه -كتَاب بَدْءِ الْخَلْقِ - بَاب ما جاء في سَبْعِ أَرَضِينَ بلفظ " من أَخَذَ شِبْرًا من الأرض ظُلْمًا فإنه يُطَوَّقُهُ يوم الْقِيَامَةِ من سَبْعِ أَرَضِينَ"-رقم ٣٠٢٦ (ج٣/ص١١٦٨).

12 - في (أ)"الخبرين".

13 - البحر الزخار - (٩ / ٤٥٦) .

14 - في (ب)"فاختلفوا".

حكى في الكافي عن الهادي والناصر أنه لا يجوز، وليس للإمام أن يأذن له، وعن أبي حنيفة يجوز له إحياؤها بإذن الإمام [١].

قال في شرح الإبانة: إذا أذن له الإمام لضربٍ من الصلاح جاز ولا خلاف أنه يملك الحطب والحشيش بالإحياء انتهى [٢].

قال في شرح الإرشاد: وإنما جاز له الاحتشاش والاصطياد من أراضي الإسلام كالمسلمين، لأن ذلك مما يخلف فلا يتضرر له المسلمون بخلاف رقاب الأراضي انتهى [٣].

قال في الغيث: وحجتنا في أنه لا يملك الأرض بالإحياء، قوله صللم " موتان الأرض لله ولرسوله ثم هي لكم"[٤] والخطاب للمسلمين انتهى [٥].

واختلف المسلمون[٦] هل يحتاج المسلم إلى [الإذن من الإمام] [٧] في إحياء الموات أولا ؟ وهي التي لم[٨] يملكها مسلم ولا تعلق بها حق فعن الأحكام والناصر والمؤيد والشافعي وأبي يوسف ومحمد: للمسلم أن يستقل بذلك لظاهر قوله صلى الله عليه وآله من أحيا أرضاً ميتة فهي له"[٩] ونحوه [١٠].

وعن المنتخب وأبي طالب وأبي حنيفة ومالك: لا يجوز ذلك إلا بإذن الإمام لقوله صلى الله عليه وآله "موتان الأرض لله ولرسوله [إلى آخره] [١١][١٢].

قال في البحر: قُلْنَا أَرَادَ الَّتِي مَاتَتْ، جَمْعًا بَيْنَ الْأَدِلَّةِ [١٣].

وقال في الغيث: قلنا الخبر محمول على أن المراد تبين كون الموات مباحة لا مختص بها دون أحد ذكر ذلك في أصول الأحكام انتهى [١٤].

---

1 - الكافي (خ)و البحر الرائق ج٨/ص٢٣٩.
2 - شرح الإبانة والغيث المدرار ج٣(خ) .
3 - شرح الإرشاد (٤٦٣/١) .
4 - سبق تخريجه صــ٩٩٥ .
5 - الغيث المدرار ج٣(خ) .
6 - في (ب)"الناس".
7 - في (ب)"إذن الإمام " بدل مابين المعقوفتين.
8 - في (ب)"لا".
9 -سبق تخريجه آنفا .
10 - البحر الزخار (٩ / ٤٥٧).و روضة الطالبين (ج٥/ص٢٧٨) وحاشية ابن عابدين (ج٦/ص٤٣٦).
11 - في (ب)" الخبر ونحوه" بدل مابين المعقوفتين وقد سبق تخريج الحديث آنفا.
12 - البحر الزخار - (٩ / ٤٥٧)و البحر الرائق (ج٨/ص٢٣٩) .
13 - البحر الزخار - (٩ / ٤٥٧) .
14 - الغيث المدرار ج٣(خ) .

قال في البحر: فَأَمَّا الَّتِي تَقَدَّمَ عَلَيْهَا مِلْكٌ لِغَيْرِ مُعَيَّنٍ ثُمَّ مَاتَتْ فَتَفْتَقِرُ إلى إِذْنِ الإمام إجْمَاعًا فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَالصَّلَاحِيَةُ أَوْ النَّصْبُ عَلَى الْخِلَافِ انتهى [١].

وأما ما قد تعلق بها حق فلا يجوز الاستقلال بإحيائها وقد ذكر أهل المذهب من ذلك ضروباً منها : بطن الوادي [٢].

قيل ح: وصورته ما يجري ماؤه إلى البحر، وقيل ما يسقي به قوم غير محصورين [٣].

وقال في الانتصار: ما يسقى الأملاك الكبيرة كسُرْدُد وسهام[٤] فإن هذا الضرب لا يجوز الاستقلال بإحيائه من دون إذن عند المؤيد والإمام ح وأبي حنيفة لِجَرْيِهَا مَجْرَى الْأَمْلَاكِ لِتَعَلُّقِ سَقْيِ الْمُسْلِمِينَ بِهَا، إذْ هِيَ مَجْرَى السُّيُولِ وقواه في البحر [٥].

وعن أبي طالب من غير إذن، وقيل[ل] [٦] بل له قولان في ذلك، فإن يحول عنها مجرى[٧] الماء جاز إحياؤها بإذن الإمام اتفاقاً لانقطاع الحق وعدم تعين أهله، وليس للإمام الإذن قبل[٨] ذلك إلا لمصلحة عامة لا ضرر فيها [٩].

الضرب الثاني: محتطب القرية ومرعاها ومرافقها، فلا يجوز إحياؤه لتعلق حقوق أهلها به.

قال أبو مضر: لا خلاف في المرافق القريبة كالمصلى والبادي أنه لا يجوز إحياؤه [١٠].

قيل: وكذا الموضع الذي يلقون فيه الزبل [١١].

قيل ل: ويجوز عمارة بيت لرجل من أهل القرية، وغيرهم بقربها، وليس لأحدهم منعه[١٢].

[قلت] [١٣]: يعني حيث لم يتعلق به حق خاص لأحدهم.

---

1 - البحر الزخار - (٩ / ٤٥٨) .
2 - الغيث المدرار ج٣(خ)و البحر الزخار - (٩ / ٤٦٠) .
3 -الغيث المدرار ج٣(خ)و شرح الأزهار - (٣ / ٣٢٠)والبيان لابن مظفر (١٧٣/٣) .
4 - سُرْدُد وسهام كلاهما واديان من وديان اليمن .
5 - الانتصار (خ)و البحر الزخار - (٩ / ٤٦٠) .
6 - الزيادة من (ب).
7 - في (ب)"جري".
8 - في (ب)"في".
9 -الغيث المدرار ج٣(خ) .
10 -المرجع السابق.
11 - المرجع السابق.
12 - المرجع السابق.
13 - الزيادة من (ب).

واختلف في جواز إحياء ماعدا ذلك، فقال أبو حنيفة: لا يجوز، وهو ظاهر الأزهار والأثمار لأنه قد تعلق به حق وحده [(١)].

أبو يوسف ببلوغ الصوت في يوم هاد [(٢)]، وقال المؤيد: يجوز وهو قول ش، وقال ض زيد: يجوز إن لم يضر [(٣)].

وقال في البحر: عن م بالله وَمَنْ فَعَلَ مَلَكَ وَإِنْ أَثِمَ، وَحُمِلَ عَلَى أَنَّهَا مُتَّسَعَةٌ بِحَيْثُ لَا ضَرَرَ [(٤)].

الثالث: المقابر فإنه لا يجوز إحياؤها كما تقدم مفصلاً في كتاب الجنائز.

الرابع: حريم العين والبير وفناء الدار وغيرها فإنه لا يجوز إحياؤها كما سيأتي .

الضرب الخامس: الطرقات المسبلة والمشروعة، وسيأتي الكلام فيها.

وقوله: "غالباً" احتراز مما تعلق به لغير معين بأن يكون قد جهل أو كان لا ينحصر كبطون الأودية لكن إن كان ذلك لحق[(٥)] قد تحول عن موضعه جاز للإمام أن يأذن إحيائه لمن شاء من غني أو فقير، وإن لم يكن قد تحول لم يجز إحياؤه إلا بشرط عدم المضرة [وأن][(٦)] تكون المصلحة عامة كمسجد أو حاكم أو مدرس وأن يكون بإذن الإمام.

وقيل: يجوز للإمام أن يأذن بذلك لفقير وإن لم يكن حاكماً أو نحوه، لأنه يحصل بذلك مصلحة، وهو سقوط نفقته من بيت المال [(٧)].

ويحترز أيضاً مما إذا تحجر رجل أرضاً ولم يحيها حتى مضت ثلاث سنين فإنه يجوز للإمام أن يأذن لم يحييها غيره وهذا الاحتراز من المفهوم.

قال في الشرح: وإنما عدل عن عبارة الأزهار لأنها توهم أن التحجر يجوز للكفار لأنه لم يبين فيها من يجوز له التحجر لا سيما مع قوله لم يملكها ولا يحجرها مسلم ولا ذمي إذ يوهم، ولا يحجرها ذمي بخلاف عبارته عليلم فسالمة عن ذلك مستوفية لجميع المعاني مع اختصار انتهى [(٨)].

---

1 - الأزهار - (١ / ١٢٣)و شرح الأزهار - (٣ / ٣٢٠) .
2 - الدر المختار ج٦/ص٤٣٢.
3 - الغيث المدرار ج٣(خ) .
4 - البحر الزخار (٩ / ٤٦١) .
5 - في(ب)"الحق".
6 - في (ب)"لأن" بدل مابين المعقوفتين.
7 -الغيث المدرار ج٣(خ) .
8 -الجامع في الشرح (خ).

"فَصْـــــــلٌ"

[كيفية الإحياء]

"**فالأول بنحو حَرْثٍ أو زرْعٍ** " هذا الفصل في بيان كيفية الإحياء الذي يحصل به الملك وبيان كيفية[١] التحجر الذي يثبت به الحق فالأول، وهو الإحياء يكون بما جرى به العرف في الجهة على الأصح.

[قال في البحر] [٢]إذْ الْعُرْفُ قَدْ يُبَيِّنُ مُطْلَقَاتِ الشَّرْعِ كَقَبْضِ الْمَبِيعِ وَحِرْزِ السَّرِقَةِ [٣].

قال في الغيث: فإذا حرث وزرع ملك، وظاهر المذهب أن الحرث وحده لا يكفي وأن الزراعة شرط، والمراد بها [أنها] [٤] البذر فأما لو زرع ولم يحرث كما يفعل في الطهف[٥].

فقيل[٦] السيد ح كان ذلك[٧/] كافياً في الإحياء.

قال عليلم: قلت والتحقيق عندي أن المعتبر العرف فلو جرى عرف أن الحرث يوجب الملك ملك به انتهى [٨].

قال في الشرح: وأراد بنحو الحرث التنقية للأرض وإزالة الخمر منها حتى تصلح للزرع، وإن لم تزرع وأراد بنحو الزرع الغرس أي الأشجار انتهى [٩].

[و] [١٠] قال في البحر: مسألة المذهب فَمَنْ بَيَّضَ أَرْضًا وَنَقَّاهَا وَأَصْلَحَ سَوَاقِيهَا مَلَكَهَا إذ قد أحياها سَوَاءٌ أَرَادَ بِهَا الزَّرْعَ أَوْ الْغَرْسَ، وَفِي كَوْنِ الزَّرْعِ وَالْغَرْسِ شَرْطًا [١١/] فِي الْمِلْكِ وَجْهَانِ: الإمام ح: أَصَحُّهُمَا لَا يُشْتَرَطُ إلَّا مَا ذَكَرْنَا إذْ الْإِحْيَاءُ صَلَاحُهَا لِلزَّرْعِ.

المرتضى وأحمد بن يحيى، والمؤيد والمزني وزفر: بَلْ يُشْتَرَطُ إذْ حياتها الِانْتِفَاعُ بها.

قُلْت : بَلْ الصَّلَاحِيَةُ كَافِيَةٌ انتهى [١٢].

---

1 - في (ب)"لبقية".
2 - سقط من (ب).
3 - البحر الزخار - (٩ / ٤٦٤) .
4 - الزيادة من (أ).
5 - الطهف: طعام يختبز من الذرة. والطهفة: أعالي الصليان. الصحاح للجوهري (٥ / ٨٣) .
6 - في (ب) "فقال".
7 - نهاية ورقة ٣٢٨ من (ب).
8 - الغيث المدرار ج٣(خ) .
9 -الجامع في الشرح (خ).
10 - الزيادة من (أ).
11 - نهاية ورقة ٣١٥ من (أ).
12 - البحر الزخار - (٩ / ٤٦٥) .

والوجه جرى العرف بذلك والله أعلم .

قوله عليلم " **أو نحو امْتِدَادٍ نحو كرم** " يعني فإذا أمتد الكرم على موضع مباح صار ملكاً لصاحب الكرم ذكره الفقيه س في تذكرته للعرف،[١] وأما لو مدّ[٢] أغصان الكرم على أشجار مباحة فإن ذلك يكون تحجراً للشجر ذكره أبو مضر، وأراد بنحو الامتداد إحراق النار فمن أحرق شجرة فتعدت النار إلى غيرها ملك ما تعدت إليه وهذا مع قصد أصل الفعل، وأراد بنحو الكرم ساير الأشجار التي نبتت مثلها [٣].

قوله عليلم :" **أو نحو حَائِطٍ أو حابس ماءٍ** " فمن بنى حائط حول أرض مباحة بحيث بمنع الخارج من الدخول والداخل من الخروج إلا بتكلف فإن مثل ذلك يوجب الملك.

قال في الانتصار: وإن لم ينصب الأبواب، وقال في مهذب الشافعية[٤] مع نصب الأبواب.

قال في الانتصار: بخلاف تطييب الخيمة فليس بإحياء بل يثبت له حق حتى ترفع انتهى[٥]. وأراد بنحو الحائط الخندق[القعير[٦] والفرجين المانع ونحوهما.

قال في الغيث: ولا كلام في أنه يملك موضع الحفر، وإنما الكلام فيما داخل الخندق يعني لأنه حكى عن المؤيد أنه لا يملك وقد حمله الحقيني على أن مراده إذا لم يكن الخندق قعيراً][٧][٨].

وفي البحر عن الفقهاء، أن الخندق[٩] لا يوجب الملك [١٠].

قال عليلم: قلنا كالحائط في منعه الداخل والخارج ومن ثمة يتخذه أهل السهول.

وقوله "أو حابس ما أراد به مسنى الغدير فإنه مما يوجب الملك، والمسنى هو العرم فمن جعل حول أرضه ثلاثة أعرام محيطة بها من ثلاث جهات، وترك جهة لدخول الماء ملك ما داخلها.

---

1 -التذكرة الفاخرة (ص ٤٦٢).
2 - في (أ) "جد".
3 - شرح أبي مضر (خ) .
4 - في (ب)"الشافعي".
5 - الانتصار على علماء الأمصار ج٦ (خ) وشرح الأزهار - (٣ / ٣٢٢) .
6 - هو ما يمنع الداخل من الخروج والخارج من الدخول إلا بتكلف.(شرح الأزهار(٣ / ٣٢٢).
7 - سقط من (ب).
8 - الغيث المدرار ج٣(خ) .
9 - في البحر "البئر " بدل "الخندق".
10 - البحر الزخار - (٩ / ٤٦٧) .

قال أبو مضر: ويكون له حق من غير ملك فيما خارج العرم إلى حيث يمتد الماء ويلقى الطين ونحو ذلك من المرافق وليس لأحد أن يضر به في مرافقه [١].

قال في الغيث: وسواء كان التراب الذي انتصب به العرم من داخل أم من خارج وسواء أزال خمرها أم لا ذكره أبو مضر.

قال: والمراد بالمسنى الذي يوجب الملك أن يحبس الماء لأنه المقصود بذلك لا يمنع الداخل والخارج فيملك ما داخله انتهى [٢].

وفي البحر ما لفظه "مسألة المؤيد للمذهب وَالْمُسْنَاةُ إحْيَاءٌ كَالْحَائِطِ.

الإمام ح وَغَيْرُهُ: لَا، إذْ لَا يُمْنَعُ قُلْت: هُوَ كَالتَّنْقِيَةِ عُرْفًا وغيره انتهى [٣].

قوله عليلم :" **وبِحَفْرٍ ولو لمَعْدِنٍ** " يعني فمن حفر حفير الإخراج معدن أو لغير ذلك ملك ذلك الحفير، ويعتبر في كون جميع الأمور المذكورة إحياء يثبت به الملك قصد فعلها كما بينه المؤلف عليلم [بقوله] [٤] " **مع قَصْدِ الْفِعْلِ فيثبت به الملك وإن لم يقصد**" فلو أحرق الشجر أو قطعه أو بنى في الأرض أو حفر فيها كما تقدم فإنه يثبت له الملك بذلك إذا قصد الفعل، وإن لم يقصد التملك ذكره علي خليل للمؤيد، ووجهه أنه سبب ملكه فَلَا تُعْتَبَرُ فِيهِ النِّيَّةُ كَالْبَيْعِ ذكره في البحر [٥].

فأما لو لم يقصد الفعل نحو أن يضع ناراً في موضع من غير قصد لإحراق شجر فتعدت وأحرقت فإنه لا يثبت بذلك ملك لموضع ما أحرقت ونحو ذلك، وما ملكه بأحد الوجوه المتقدمة لم يبطل ملكه بتعطيله وإهماله وعدم استعماله ولو عاد كما كان قبل الإحياء ذكره في تعليق الإفادة [٦].

قال في الغيث: ولعله إذا لم يتركها رغبة عنها [فأما لو تركها رغبة عنها][٧] كما يفعله كثير ممن يقصد الحطب الاحتشاش فإنه إذا أحياها غيره بعد ذلك ملكها المحيي كمن سيب الدابة رغبة عنها [٨].قلت: ويؤيد ذلك حديث رزين المتقدم في أول الباب والله أعلم.

---

1 - **شرح أبي مضر (خ) .**
2 - **الغيث المدرار ج٣(خ) .**
3 - **البحر الزخار - (٩ / ٤٦٦) .**
4 - **سقط من (ب).**
5 - **البحر الزخار (٩ / ٤٦٦).**
6 - **تعليق الإفادة (خ).**
7 - **الزيادة من (أ).**
8 - **الغيث المدرار ج٣(خ)**

قال في الغيث: " تنبيـــــه " أما لو أحياها محي ظناً منه أنها لم تملك فاستحقها الأول ضمن له ما غرم، لأن تركه إياها كالتغرير هذا مذكور عن الإفادة انتهى [١].

قوله عليلم:" **ولَا يَصِحُّ فِيهِ وفِي نَحْوِهِ الِاسْتِئْجَارُ وَ نحوه بَلْ يَمْلِكُهُ الْفَاعِلُ** " فمن استأجر أجيراً ليحيي له أرضاً أو نحو الإحياء نحو أن يستأجر من يصطاد له أو يحتطب أو يحتش أو يستقي ماء أو يستخرج معدناً أو لؤلؤاً أو نحوه من البحر، فإن الاستئجار على أي [هذه][٢] الأشياء المذكورة لا يصح، وكذلك نحو الاستئجار كالاشتراك فيها والتوكيل بفعلها فلو عقد اثنان أو أكثر عقد شركة فيما يحييانه أو يصطادانه[٣] أو نحو ذلك، أو وكل أحدهما الآخر بذلك لم يصح أي ذلك بل يملكه المتولي لفعله في الأصح من المذهب، وهو تحصيل أبي العباس وأبي طالب لمذهب يحيى عليلم وهو قول ح والشافعي [٤].

وقال المؤيد ومالك: يصح ذلك كله. [٥]وخرجه لمذهب يحيى عليلم من مسائل أربع :

تجويز الشركة في المعدن، وتجويز الشركة فيما حصل من الغنيمة، وتجويزه الاستئجار على حفر قبر[٦] في المباح، وعموم كلامه في استئجار الصناع، فعلى هذا القول لو أمر قوي غيره بإحياء غيضة[٧] بأجرة زرعها سنة ففعل كان له أجرة المثل، وهي للأمر إلا أن ينوي المأمور الإحياء لنفسه كانت له باطناً، وللأمر ظاهراً ذكر معنى ذلك أبو مضر، إن عين الموضع أو المدة فإن شاء المأمور أن يكون له ظاهرا رجع إلى الأمر فرد الأمر [٨].

وقال الشيخ علي خليل والقاضي زيد: إن كان عقد الإجارة صحيحاً مستكملاً للشروط المتقدمة فلا تأثير لنية المأمور لا ظاهراً ولا باطناً وإن كانت فاسدة أثرت بنيته ظاهراً وباطناً، فإن تبرع المأمور أي عمل بلا أجرة فكالفاسدة، فإن كان صبياً مميزاً ولو غير مأذون كانت للأمر، خلاف الحقيني في غير المأذون فيكون له [٩].

قال أبو مضر: إذن الولي إنما يعتبر إذا كان تصرف الصبي في مال نفسه فأما إذا أراد التصرف فيها[١٠]

---

1 -المرجع السابق.
2 - الزيادة من (ب).
3 - في (ب)"يصطانه"وهو تصحيف.
4 - شرح الأزهار - (٣ / ٣٢٤) و الفتاوى الهندية (ج٥/ص٣٨) .
5 - المرجع السابق.
6 - في (أ) "القبر".
7 - الشجر الملتَفّ.(النهاية في غريب الأثر - (٣ / ٧٥٥).
8 - الغيث المدرار ج٣(خ) .
9 -المرجع السابق.
10 - في(ب)"فيما".

لا يكون له تملكه[١] ولا للولي فلا يعتبر إذن الولي، كما قال المؤيد في[٢] الإفادة إذا دفع رجل مال نفسه [٣/] إلى صبي غير مأذون فأمره ببيعه أو أمره باشتراء شيء بماله جاز ذلك، وصح ويكون العهد على الأمر ويكون الصبي بمنزلة المعبر عن الأمر وإن كان غير مميز فله ذكر معنى ذلك أبو مضر، وقيل ح: يكون للأمر سواء كان الصبي مميزاً أم لا لأنه آلة للأمر كما قال المريد من أمر صبياً لا يعقل بإتلاف مال الغير فإن الضمان على الأمر لا على الصبي لأنه آلة له [٤].

قيل ع: كلام أبي مضر أصح لأن في مسألتنا لا يملك الأرض إلا بعد صحة الوكالة ولا يصح إلا إذا كان مميزاً، حكى ذلك كله في الغيث، وقال فيه[٥/]: حجة الهادوية أن المباح لا يختص به المستأجر دون الفاعل فانصرف الفعل إلى الفاعل، قيل ويتفقون أنه إذا أستأجر أجيراً على مد شبكة في مباح أن ذلك يصح، وما وقع في الشبكة يكون للأمر [٦].

قوله عليلم :" **وفي الإكراه الخلاف** " يعني فمن أكرهه غيره على فعل شيء مما تقدم نحو أن يكرهه على قطع شجرة ففي ذلك خلاف بين السيدين، فقال المؤيد: للمأمور لبطلان الأمر بالإكراه، وقال أبو طالب: لا مالك [لهذا بل ملكها] [٧] من سبق إليها، فأبو طالب جعل الإكراه مصيرا للفعل كلا فعل، وعند المؤيد أن الإكراه صير الأمر كلا أمر [٨].

قوله عليلم: " **والثاني ينصب نحو الأحجار فِي الْجَوَانِبِ** "أراد بالثاني التحجر وهو يثيب بما ذكره فمن أراد أن يتحجر أرضاً أو شجرا نصب أعلاماً في جوانبها من الأحجار و[٩] غيرها أو اتخذ حولها خندقاً غير قعير ويملك الحفير، أو علق بعض أغصان الشجر إلى بعض فمن فعل شيئاً من ذلك صار متحجراً لما دخله والعبرة في ذلك وغيره بما يجري به العرف في الجهة .

[وقوله عليلم] [١٠]: بنيـــةُ الأول: معناه أنه يعتبر من النية هنا مثل ما أعتبر في نية الأحياء، وهو قصد الفعل فقط .

---

1 - في (ب)"ملكه".
2 - في (ب)"و".
3 - نهاية ورقة ٣٢٩ من (ب).
4 -الغيث المدرار ج٣(خ) .
5 - نهاية ورقة ٣١٦ من (أ).
6 - المرجع السابق.
7 - في (ب)" لها بل يملكها " بدل مابين المعقوفتين .
8 - شرح الأزهار - (٣ / ٣٢٤) .
9 - في (ب)" أو" .
10 - سقط من (ب).

قوله عليلم: " **ولا يَثْبُتُ بِهِ إلا الْحَقُّ وله الإباحة ونحوها** "أي لا يثبت بالتحجر إلا الحق للمتحجر، وهو كونه أولى به من غيره دون الملك له فلا يثبت بذلك، ويكون له أن يبيع المتحجر لغيره، أو يهبه له لا بعوض أو نحو ذلك لأن الحقوق لا يصح بيعها فلو باع المتحجر لم يصح بيعه ذكره المؤيد (١).

قوله عليلم " **ومنفعته ومَا حَازَ** "يعني ويكون للمتحجر منفعة ما تحجره فيكون له أن يمنع غيره من إحيائه، ومن قطع أشجاره وثماره ومن أخذ ترابه وأحجاره لما ذكر من أنه قد صار أولى به فلو أخذه غيره ملكه وسواء كان عالماً بالتحجر أم جاهلاً لكنه يأثم مع العلم.

قال في البحر: المؤيد وَقَطْعُ أَغْصَانِ الشَّجَرِ لَيْسَ تَحَجُّرًا لَهَا الإمام يحيى بَلْ تَحَجُّرٌ [انتهى] (٢) (٣).

وقال في اللمع: وأما قطع الأغصان فلا يكون تحجراً (٤).

قيل ح س [هب] (٥): يعني للأرض، وأما الشجر (٦) فقد يفيد الملك إذا جرى العرف[بذلك يعني إذا جرى العرف] (٧)بأن ذلك يفعل للملك كان ملكاً هكذا في الغيث (٨).

قوله عليلم: " **وَلَا يَبْطُلُ قَبْلَ مُضِيِّ ثَلَاثِ سِنِينَ إلَّا بِإِبْطَالِهِ وبعده به أَوْ بِإِبْطَالِ الإمام** " أي لا يبطل حق المتحجر قبل أن يمضي ثلاث سنين من يوم التحجر ولما يحييه بأي أمرٍ [إلا بإبطاله] (٩) ولا يجوز للإمام أن يبطل حقه قبل ذلك على المذهب، وحكاه في البحر عن المؤيد وأبي طالب والفريقين (١٠).

وفي الغيث عن أبي مضر أنه لا خلاف في ذلك (١١).

وحكى في البحر عن الإمام ح والاسفرائيني أن المدة شهر إذ هو أقل ما قيل فكان مجمعاً عليه، ولأن في الزيادة إضرار إذ في الثلاث السنين يحصل الثمار، فلا يحسن التعطيل مع إمكان التحصيل واستدل للمذهب بما روي أن رجلاً تحجر محجراً فجاء آخر

---

1 - **شرح الأزهار - (٣ / ٣٢٤) .**
2 - **الزيادة من (ب) .**
3 - **البحر الزخار - (٩ / ٤٧٠) .**
4 - **اللمع (خ) .**
5 - **الزيادة من (أ) .**
6 - **في (ب)"للشجر".**
7 - **الزيادة من (أ) .**
8 - **الغيث المدرارج٣(خ) .**
9 - **في (أ)"الابطاله" .**
10 - **البحر الزخار - (٩ / ٤٧٠).**
11 - **الغيث المدرار ج٣(خ) .**

فأحياه فاختصما إلى عمر فأراد أن يحكم به لمن أحياه حتى روى له رجل عن النبي صلى الله عليه وآله " أَنَّ حَقَّ الْمُتَحَجِّرِ لَا يَبْطُلُ إلى ثَلَاثِ سِنِينَ " فقال عمر لولا هذا الخبر لقضينا فيه برأينا [انتهى] [١] [٢].

قال في البحر: وَلَمْ يُنْكِرْ [٣].

قلت: وظاهر عبارة الإرشاد وشرحه عدم اعتبار الثلاث السنين لأنه قال: وينبغي أن يشتغل بالعمارة عقيب التحجر فإن أهمل الإحياء وأطال الإهمال بأن مضى زمن بعد مثله[٤] طويلاً عرفاً نُوزِع فيقول [له] [٥] الحاكم آخي أو أرفع يدك لأنه ضيق على الناس في حق مشترك كما لو وقف في شارع انتهى [٦].

وقوله " وبعده [إلى آخره] [٧]" أي وبعد مضي مدة التحجر وهي ثلاث سنين المذكورة عندنا لا يبطل حقه إلا بإبطاله، أو إبطال الإمام فإن طلب الإمهال أمهل ثلاثاً كالشفيع، وأقل الحيض وغيرهما، والغائب يراسل فإن لم يعمره بعد الإمهال أبطل حقه ، و قال أبو حنيفة: بل يبطل حقه بانقضاء المدة كالخيار [٨].

قال في البحر قُلْنَا: الْحَقُّ مَعَ الْخِيَارِ غَيْرُ مُسْتَقِرٍّ، وَالْمُتَحَجِّرُ مُسْتَقِرٌّ انتهى [٩].

وقال في شرح الإرشاد: فإن ذكر عذراً واستمهل أمهل مدة قريبة دفعاً للضرورة، ولا يقدر بثلاثة أيام على الأصح بل باجتهاد الحاكم فإذا مضت ولم يشتغل بالعمارة بطل حقه وإن[١٠] استمهل ولم يذكر عذراً فمقتضى عبارة أصل الروضة أنه لا يمهل، وقال السبكي ينبغي إذا عرف الإمام أن[١١] لا عذر له في المدة أن ينزعها منه في الحال، وكذا إذا لم تطل المدة وعلم منه الإعراض انتهى [١٢].

---

1 - الزيادة من (أ) .
2 -لم أعثر عليه في كتب الحديث.
3 - البحر الزخار - (٩ / ٤٧٠).
4 - في (ب)"لمثله".
5 - الزيادة من (أ) .
6 - الإرشاد (١١١)و شرح الإرشاد(٤٦٢/١) .
7 - الزيادة من (أ) .
8 - البحر الرائق (ج٨/ص٢٤٠).
9 - البحر الزخار - (٩ / ٤٧١) .
10 - في (ب) "فإن".
11 - في (ب)"أنه" .
12 - شرح الإرشاد (٤٦٢/١) .

قال في الشرح: وحذف قوله في الأزهار "ولا بإحيائه غصباً"[١] لدخول[٢] معنى ذلك في عبارته عليلم.

وحذف "قيل والكراء لبيت المال"[٣] لأن المختار خلافه، وهو أنه لا يلزم فيه شيء انتهى[٤].

قال في البحر " مَسْأَلَةٌ " وَلَا يَبْطُلُ بِإِحْيَائِهِ غَصْبًا لِتَقَدُّمِ حَقِّ الْمُتَحَجِّرِ كَحَقِّ الشَّفعة، وَقِيلَ: بَلْ يَمْلِكُهُ إذْ لَمْ يَتَقَدَّمْ مِلْكُ الْغَيْرِ، وَكَالصَّيْدِ مِنْ مِلْكِ الْغَيْرِ.

قُلْنَا: الْحَقُّ مَانِعٌ، وَالصَّيْدُ لَا حَقَّ فِيهِ قَبْلَ احْتِوَائِهِ الإمام ح يَمْلِكُ إنْ جُهِلَ التَّحَجُّرُ.

قُلْنَا: لَا تَأْثِيرَ لِلْجَهْلِ فِي إبْطَالِ الْحُقُوقِ انتهى [٥].

وقال في الغيث: فمن أحيا المتحجر عالما أنه متحجر أو جاهلاً لم يملكه بلا إشكال، ولكن هل يكون إحياء الغاصب إحياء للمتحجر أم لا ؟

قيل ل: يكون إحياؤه إحياء له فإن زرع لزمته الأجرة للمتحجر وروى أبو مضر عن ض زيد وصححه أنه ليس بإحياء لأحد [٦].

قال القاضي زيد: فإذا زرع كانت الأجرة لبيت المال.

قال الإمام عليلم: وهذا ضعيف جداً وقد أشرنا إلى ضعفه بقولنا قيل ووجه ضعفه أن الأرض لم يملكها بيت المال بإحيائها وإذا لم يملكها لم يكن الكراء في مقابلة شيء يستحقه[٧/] بيت المال فلا وجه للزومه [٨].

وذكر في الزوائد عن أبي طالب وأبي جعفر أن من أحيا محتطب القرية ومرعاها فإنه يملكه مع أنه متعد فيلزم مثله هاهنا فصار في المسألة ثلاثة أقوال:

يملكها المتحجر بإحياء الغاصب، وقول لا يملكها أيهما بل يبقى كما كانت عليه، وقول يملكها الغاصب [٩].

---

1 - الأزهار (١٢٣/١).
2 - في (ب)"لدخوله".
3 - الأزهار (١٢٣/١).
4 -الجامع في الشرح (خ) .
5 - البحر الزخار (٩ / ٤٧٢).
6 - شرح الأزهار - (٣ / ٣٢٦) .
7 - نهاية ورقة ٣٣٠ من (ب).
8 - شرح الأزهار - (٣ / ٣٢٦) .
9 - الزوائد (خ).

قوله عليلم :" **وَالشَّجَرُ فِيهِ وَفِي غَيْرِهِ كَلَأٌ غالباً وَلَوْ مُسَبَّلًا** " معناه أن الشجر النابت في الموضع المتحجر

و[في] [١] غيره كالملك والمسبل إذا كان مما لا ينبته الناس [عادة] [٢] ولا ينبته أحد فإنه يكون كلأً [٣]غير مملوك فمن اقتطعه ملكه لعموم حديث أبي داود بإسناده إلى رجل من المهاجرين من أصحاب النبي صلى الله عليه وآله قال: غزوت مع رسول الله صلى الله عليه وآله ثلاثاً سمعته يقول:" المسلمون شركاء في ثلاث الماء والكلأ والنار" [٤].

وقوله "غالباً" قال في الشرح: احتراز[٥/أ] مما ينبته الناس عادة فإنه لا يكون كلأً حيث نبت في ملك[٦] أو في مسبل بل حكمه حكم الأرض مملوكة كانت أو[٧] مسبلة إن كان مما يتسامح ببذره وإن كان مما لا يتسامح ببذره كان الشجر مملوكاً لمالك البذر إن عرف وإلا فللمصالح، وحيث نبت في مباح، أو متحجر فكلأ مطلقاً سواء كان مما ينبته الناس كالزرع أم من غيره إلا أن يكون بذره مملوكاً وكان مما لا يتسامح به فإنه يكون لمالكه إن عرف وإلا فللمصالح وفي أجرة الأرض، واستهلاك البذر وعدمه تفصيلات قد فهمت من مواضعها انتهى[٨].

وينبغي أن يشتمل الاحتراز بغالباً ما ينبته إنسان، وإن كان مما لا ينبته الناس في العادة فإنه يكون ملكاً لمن ينبته مطلقاً، وذلك ظاهر.

وقوله "ولو مسبلاً" معناه ولو كان الموضع الذي نبت فيه ذلك الشجر مسبلاً فإن الحكم فيه كما ذكر في المتحجر هذا مذهب الهادوية [٩]، و ذهب المؤيد والإمام ح والشافعي إلى ما أشار إليه المؤلف عليلم بقوله " **وَقِيلَ فِيهِ حَقٌّ وفِي غيره يَتْبَعُهُ** " فعندهم أن النابت بنفسه إذا كان في المتحجر فهو حق للمتحجر، وإن كان في ملك فهو ملك لمالك الموضع، وإن كان في مسبل فحكمه حكمه فيكون النابت في الوقف لمصرفه والنابت في مقابر المسلمين

---

1 - الزيادة من (ب) .
2 - في (ب)" في العادة " بدل مابين المعقوفتين .
3 - كتبت في (ب)"كلآءً".
4 -أخرجه أبو داود في سننه-كتاب الْإِجَارَةِ - بَاب في مَنْعِ الْمَاءِ رقم٣٤٧٧ (ج٣/ص٢٧٨)وهو صحيح ينظر(إرواء الغليل (٦ / ٧).
5 - نهاية ورقة ٣١٧ من (أ).
6 - في (ب)" ملكه " .
7 - في (ب)" أم".
8 -الجامع في الشرح (خ).
9 - شرح الأزهار - (٣ / ٣٢٦) .

لإصلاحها ثم لمصالحهم، والنابت في مقابر الذميين لمصالح دنياهم، والنابت في المباح مباح، وكذا ما نبت على مقابر الحربيين اتفاقاً.

قال في الشرح: وقواه المؤلف عليلم [١].

قال في البحر: [أبو طالب وأبو العباس وأبو حنيفة] [٢] [قلت] [٣] [يستلزم إبطال [فائدة]][٤] الخبر يعني قوله صلى الله عليه وآله "المسلمون شركاء في ثلاث"[٥] الخبر[٦] [٧].

فائـــــدة: قال الإمام ح وغيره: الِاشْتِرَاكُ فِي النَّارِ حَيْثُ تُضْرِمُ حَطَبًا مُبَاحًا، لَا لَوْ اُحْتُطِبَ ثُمَّ أُضْرِمَ فَمِلْكٌ ، وَأَمَّا الْكَلَأُ فَقَبْلَ احْتِشَاشِهِ، فَإِنْ كَانَ فِي مَالِهِ فَفِيهِ الْخِلَافُ ، وَأَمَّا فِي الْمَاءِ فَكَمَا مَرَّ [٨]. يعني من التفصيل والخلاف كما سيأتي في كتاب الشركة إن شاء الله تعالى.

فائـــــدة أخرى: إن قيل قد قدمتم أن من تحجر موضعاً ليحييه كان له أن يمنع غيره من قطع أشجاره أو[٩] قطف ثماره ونحو ذلك، ثم ذكرتم أخرى أن النابت فيه كلا يملكه من قطعه، فما وجه الجمع بين هاتين المقالتين فالجواب ما ذكره الإمام في الغيث حيث قال:" قد ذكر أصحابنا في تعليلهم ما يدل على أنهم لا يجوزون المنع من القطع، وإنما يجوزون المنع من الدخول إلى منبتها ملكاً كان أو متحجراً بحيث لو أمكن قطعها من غير دخول لم يكن له المنع انتهى [١٠].

وقد يجاب بأن وجه المنع كونه أولى به ووجه صحة تملك القاطع له أنه لم يتقدمه ملك كما يفهم مما سبق والله أعلم .

فائـــــدة أخرى: قال في الإرشاد وإنما يتحجر ما يطيق إحياءه [١١][١٢].

---

1 - **الجامع في الشرح (خ).**
2 - **الزيادة من (ب).**
3 - **الزيادة من (أ).**
4 - **الزيادة من (ب).**
5 - **هكذا كتبت في المخطوط والصحيح "ثلاث".**
6 - **سبق تخريجه آنفا.**
7 - **البحر الزخار - (٩ / ٤٨٤) .**
8 - **المرجع السابق.**
9 - **في (ب) "و" .**
10 - **الغيث المدرار ج٣(خ) .**
11 - **في (أ)"احياه"وفي (ب) "إحياؤه".**
12 - **الإرشاد (١١١).**

قال في شرحه: بل ينبغي أن يقتصر على قدر كفايته لئلا يضيق على الناس فإن تحجر ما لا يطيق إحياؤه[١] أو زائداً على كفايته فلغيره أن يحيي الزائد على ما يطيقه وعلى قدر كفايته انتهى [٢].

وهو الذي يقتضيه قواعد [أهل] [٣] المذهب إذ المقصود بالتحجر ليس إلا الإحياء والله أعلم.

فائـــدة أخرى: من عمد إلى أشجار نبتت في مباح فهذبها وقطع عوارضها و أحاط عليها فإن كانت مما ينبته الناس في العادة كالكروم ونحوها فلا سك في أنه يملكها بذلك كما صرح به بعض أهل المذهب، وأما إذا كانت مما لا ينبته الناس في العادة فالأقرب أنه لا يملكه[٤] بذلك كما لا يملك ما ينبت منها في ملكه على المذهب، وعلى هذا [ينبغي أن] [٥] يحمل كلام من أطلق القول منهم بذلك والله أعلم .

تنبيـــــهٌ: والمقطع كالمتحجر في الحكم وقد مر إلا أن الإقطاع لا يفتقر ففي ثبوت الحق إلى ضرب الإعلام [في الجوانب] [٦] بل يثبت الحق بمجرد الإقطاع.

والأصل في ذلك ما ثبت أن النبي صلى الله عليه وآله أقطع وائل بن حجر[٧] أَرْضًا بِحَضْرَمُوتَ" رواه الترمذي وأبو داود [٨]، وأن النبي صلى الله عليه وآله أقطع بلال بن الحارث المزني[٩] "مَعَادِنَ الْقَبَلِيَّةِ جِلْسِيَّهَا وَغَوْرِيَّهَا" الحديث أخرجه الموطأ وأبو داود [١٠]،

---

1 - في (أ) "احياه".
2 - شرح الإرشاد (٤٦٤/١) .
3 - الزيادة من (أ).
4 - في (ب) "يملكها".
5 - الزيادة من (ب).
6 - الزيادة من (ب).
7 - وائل بن حجر الحضرمي القحطاني، أبو هنيدة: من أقيال حضر موت، وكان أبوه من ملوكهم، وفد على النبي (صلى الله عليه وسلم) فرحب به وبسط له رداءه فأجلسه معه عليه، ونزل الكوفة واستقر فيها توفي عام نحو ٥٠ هـــ . الأعلام للزركلي - (٨ / ١٠٦) .
8 - أخرجه أبو داود في سننه -كتاب الْإِجَارَةِ -بَاب في إِقْطَاعِ الْأَرَضِينَ -٣٠٥٨ (ج٣/ص١٧٣).و الترمذي في سننه -كِتَاب الْأَحْكَامِ -بَاب ما جاء في الْقَطَائِعِ (ج٣/ص٦٦٥). وهو صحيح ينظر (صحيح وضعيف سنن الترمذي - بَاب ما جاء في الْقَطَائِعِ- ١٣٨١ (٣ / ٣٨١).
9 -هو بلال بن الحارث المزني، أبو عبد الرحمن صحابي، شجاع، من أهل بادية المدينة.أسلم سنة ٥ هـــ. كان من حاملي ألوية (مزينة) يوم الفتح.، شهد غزو إفريقية وكان حامل لواء مزينة يومئذ، ومعه منهم أربعمائة مقاتل، توفي في آخر خلافة معاوية، عن ٨٠ عاما سنة ٦٠هـــ.
10 - أخرجه أبو داود في سننه -كتاب الْإِجَارَةِ -بَاب في إِقْطَاعِ الْأَرَضِينَ -٣٠٦٢ (ج٣/ص١٧٣).ومالك في الموطأ -باب الزَّكَاةِ في الْمَعَادِنِ -رقم٥٨٤ (ج١/ص٢٤٨)وهو ضعيف .ينظر (إرواء الغليل - (٣ / ٣١٢).

وأنه صلى الله عليه وآله" أَقْطَعَ الزُّبَيْرَ حُضْرَ فَرَسِهِ فَأَجْرَى فَرَسَهُ حتى [قام] [١]ثُمَّ رَمَى بِسَوْطِهِ فقال أَعْطُوهُ من حَيْثُ [بلغ] [٢] السَّوْطُ " أخرجه أبو داود [٣].

والقبلية بفتح القاف ثم باء موحده مفتوحة، وهي ناحية الفرع بضم الفائين مكة والمدينة.

وجليسها بفتح الجيم وبعد السين المهملة ياء بالنسبة، والمراد بها ما أرتفع من الأرض وبغورها ما انخفض منها وحضر الفرس بضم بالحاء المهملة ثم ضاد معجمة[٤] ساكنة منتهى عَدْوه فمن أقطع الإمام أرضاً مواتاً كان ذلك تحجراً لها، وكان حكمها ما تقدم.

تنبيــــهٌ [آخر] [٥] ظاهر المذهب أنه يصح من الإمام إقطاع المعادن مطلقاً، واحتجوا لذلك بحديث بلال بن الحارث الذي مر.

قالوا: ولا يصح إقطاع العيون والأنهار لحديث رجوعه صلى الله عليه وآله عن إقطاع الأبيض بن حمال[٦] [الملح بمأرب] [٧] لما قِيلَ: إِنَّمَا تَقْطَعُه الْمَاءَ الْعَدَّ ولا ملح لأهل اليمن سواه، فقال فَلَا إذاً [٨].

وذهبت الشافعية إلى أنه لا يصح إقطاع المعادن المعلومة مطلقاً كما لا يملك بالإحياء[٩].

قالوا: إما لظاهره كالنفط والملح والكبريت والكحل والقار وأحجار البرام[١٠] والأرحيه ونحوها، مما لا يحتاج إلى سبك ونحوه فقطعا لحديث الأبيض المذكور، وأما الباطنة، وهي التي تحتاج إلى سبك وعلاج كمعادن الذهب والفضة والحديد والنحاس والرصاص ونحوها، فعلى الأصح عندهم[قياساً على الظاهرة بجامع كونهما من الحقوق المشتركة بين الناس كالماء والكلأ .

قالوا: وأما إذا كان المعدل غير معلوم وإنما ظهر بعد الإحياء فيملكه المحيي مطلقاً على

1 - سقط من (أ).
2 - الزيادة من (ب).
3 - أخرجه أبو داود في سننه -كتاب الْإِجَارَةِ - بَاب في إِقْطَاعِ الْأَرَضِينَ-رقم ٣٠٧٢ (ج٣/ص١٧٧).وهو ضعيف . ينظر (صحيح وضعيف سنن أبي داود - رقم٣٠٧٢).
4 - في (ب) "لمعجمة".
5 - الزيادة من (أ).
6 - هو أبيض بن حمال المأربى من ناحية اليمن له صحبة روى عنه شمير بن عبد المدان وابنه سعيد بن أبيض. الجرح والتعديل - (٢ / ٣١١).
7 - في (ب) "ملح مأرب" بدل مابين المعقوفتين.
8 - سيأتي تخريجه لاحقاً .
9 - البحر الزخار (٩ / ٤٨١)و الأم (ج٤/ص٤٣) و الحاوي الكبير (ج٧/ص٤٩٧).
10 - جمع بُرْمَةٍ ، وهي القِدْرُ من الحِجَارة .(تاج العروس من جواهر القاموس - (٩ / ١٦).

الأصح] [1][2].

قلت: وفرقهم بين المعلومة والمجهولة لا يظهر وجهه، والله أعلم.

وفي البحر ما لفظه "مسألةٌ[3] الإمام ي وَفَوَائِدُ الْأَرْضِ الظَّاهِرَةِ كَالْمِلْحِ الْمَأْرَبِيّ وَالْبَحْرِيِّ وَحِجَارَةِ الْأَرْحِيَةِ وَالْقُدُورِ لَا يَصِحُّ تَحَجُّرُهَا وَلَا تُمْلَكُ بِالْإِحْيَاءِ وَالْإِقْطَاعِ لِرُجُوعِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ عَنْ إقْطَاعِ الْأَبْيَضِ بْنِ حَمَّالٍ [مِلْحَ مَأْرِبٍ] [4][5].

فـــــرعٌ: الإمام يحيى وَيَجُوزُ كَوْنُ الْإِقْطَاعِ الْأَوَّلِ خَطَأً فِي الْحُكْمِ ، فَهُوَ جَائِزٌ عَلَى الْأَنْبِيَاءِ ، لَكِنْ لَا يَقِرُّونَ عَلَيْهِ بِخِلَافِ غَيْرِهِمْ أَوْ ظَنَّهُ مِمَّا يَصِحُّ إقْطَاعُهُ فَانْكَشَفَ خِلَافُهُ ، أَوْ أَرَادَ أَنْ يَقْطَعَهُ ثُمَّ امْتَنَعَ قُلْت: أَوْ ظَنَّهُ لَا يَضُرُّ بِأَهْلِ جِهَتِهِ ثُمَّ انْكَشَفَ إضْرَارُهُ فَرَجَعَ بِدَلِيلِ قَوْلِهِمْ : إنَّمَا تُقْطَعُ الْمَاءَ الْعِدُّ [6].

مســــألة: وَأَمَّا الْبَاطِنَةُ كَمَعَادِنِ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ وَالْفَيْرُوزَجِ[7] وَنَحْوِهَا مِمَّا يَسْتَتِرُ[8] فِي طَبَقَاتِ الْأَرْضِ فَلَا يُمْلَكُ بِالْإِحْيَاءِ ، وَفِي إقْطَاعِهِ وَجْهَانِ:

الإمام ح [أَصَحُّهُمَا :] [9] يصحُّ { إذْ أَقْطَعَ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ بِلَالُ بْنُ الْحَارِثِ "مَعَادِنَ الْقَبَلِيَّةِ جِلْسِيَّهَا وَغَوْرِيَّهَا" [10]،وَأَخَذَ مِنْهُ الزَّكَاةَ "، وَقِيلَ : لَا ، كَالْإِحْيَاءِ. لَنَا فِعْلُهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ انتهى [11].

وفي عده الْفَيْرُوزَجِ من الباطنة نظر، والله أعلم.

قلت: ولفظ حديث الأَبْيَضَ بن حَمَّالٍ فيما أخرجه أبو داود والترمذي عنه أنه وفد إلى رسول الله صلى الله عليه وآله فَاسْتَقْطَعَهُ الْمِلْحَ الذي بِمَأْرِبَ فَقَطَعَهُ له فلما أَنْ وَلَّى قال رَجُلٌ من الْمَجْلِسِ أَتَدْرِي ما قَطَعْتَ له يا رسول الله إنما قَطَعْتَ له الْمَاءَ الْعِدَّ قال فَانْتَزَعَه منه" [12].

---

1 - سقط من (ب).

2 - روضة الطالبين (ج٥/ص٣٠١) والحاوي الكبير (ج٧/ص٤٩٧) .

3 - نهاية ورقة ٣٣١ من (ب).

4 - في (أ) " الملح بمأرب" "بدل مابين المعقوفتين" والذي في البحر ما أثبت.

5 - البحر الزخار (٩ / ٤٨٧) .

6 -المرجع السابق.

7 -حجر كريم غير شفاف معروف بلونه الأزرق كلون السماء أو أميل إلى الخضرة يتحلى به. (المعجم الوسيط (٢ / ٧٠٨).

8 - نهاية ورقة ٣١٨ من (أ).

9 - سقط من (ب).

10 - سبق تخريجه آنفاً .

11 -البحر الزخار - (٩ / ٤٨٧) .

12 - أخرجه أبو داود في سننه -كتاب الْإِجَارَةِ -بَاب في إِقْطَاعِ الْأَرَضِينَ وهو حسن بما بعده -رقم٣٠٦٤ (ج٣/ص١٧٤). ينظر صحيح وضعيف سنن أبي داود - رقم ٣٠٦٥ .

العد بكسر العين المهملة وتشديد الدال، وهو الماء الكثير الذي لا ينقطع، شبه الملح المذكور به، وحمال بالحاء المهملة وتشديد الميم، والرجل الذي قال لرسول الله صلى الله عليه وآله إنما قطعت له الماء العد، هو الأقرع بن حابس التميمي [1].

قوله عليلم: "**ولا نحو حما إلا للْإِمَامِ** " هذه المسألة من الزوائد والحمى مقصور لا غير على ما ذكره اللغويون [2].

[و] [3] قال في البحر: الْحِمَى مَقْصُورٌ وَمَمْدُودٌ [4].

والمراد به أن يحمي بعض الناس موضعاً مواتاً فيمنع من رعيه واحتشاشه ونحو ذلك وهو من أمر الجاهلية كان رئيس القوم إذا نزل بأرض استعوى كلباً وحمى لنفسه مد صوته لا يشاركونه فيه وهو يشاركهم في سائر المرعى فأمات ذلك الإسلام بنحو ما أخرجه البخاري من حديث الصَّعْب بن جَثَّامَةَ [5] قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وآله يقول:" لَا حِمَى إلا لِلَّهِ وَلِرَسُولِهِ "[6].

ولقوله صلى الله عليه وآله " الْمُسْلِمُونَ شُرَكَاءُ في ثَلَاثةٍ الخبر[7] وقد تقدم، وكان للنبي صلى الله عليه وآله أن يحمي لنفسه وللمسلمين ولكنه لم يحم لنفسه [و] [8] لكنه حمى البقيع لخيل المجاهدين كما في صحيح البخاري أن النبي صلى الله عليه وآله" حَمَى النَّقِيعَ وَأَنَّ عُمَرَ حَمَى الشرف وَالرَّبَذَةَ" [9].

قال في البحر: " مَسْأَلَةٌ " الإمام ح للمذهب ومالك والفريقان وَلَا يَحْمِي الإمام لِنَفْسِهِ بَلْ لِخَيْلِ الْمُجَاهِدِينَ[10] وَأَنْعَامِ الصَّدَقَةِ وَمَنْ ضَعُفَ مِنْ الْمُسْلِمِينَ عَنْ الِانْتِجَاعِ انتهى [11].

---

1 - هو الأقرع بن حابس بن عقال المجاشعي الدارمي التميمي: صحابي، من سادات العرب في الجاهلية، شهد حنينا وفتح مكة والطائف، وسكن المدينة،وكان من المؤلفة قلوبهم ، ورحل إلى دومة الجندل في خلافة أبي بكر، وكان مع خالد بن الوليد في أكثر وقائعه حتى اليمامة، واستشهد بالجوزجان سنة٣ ١ هـ . الأعلام للزركلي - (٢ / ٥) .

2 - الحمى هو الموضع فيه كلأ يحمى من الناس أن يرعى (المعجم الوسيط - (١ / ٢٠١) وقيل هو موضع يعينه الإمام لنحو نعم الصدقة ممنوعا على الغير -(حاشية تاريخ دمشق - (٤٤ / ٣٤١).

3 - الزيادة من (ب).

4 - البحر الزخار - (٩ / ٤٨٤) .

5 -هو الصعب بن جثامة بن قيس الليثي: صحابي، من شجعانهم، شهد الوقائع في عصر النبوة، وحضر فتح إصطخر وفارس. مات في خلافة عثمان، وقيل قبلها. نحو ٢٥ هـ.(الأعلام للزركلي - (٣ / ٢٠٤).

6 - أخرجه البخاري في صحيحه -كِتَاب الْمُسَاقَاةِ الشرب -بَاب لَا حِمَى إلا لِلَّهِ وَلِرَسُولِهِ صلى الله عليه وسلم - رقم٢٢٤١(ج٢/ص٨٣٥).

7 - سبق تخريجه صـ١٠٠٩ .

8 - الزيادة من (ب).

9 - أخرجه البخاري في صحيحه -كِتَاب الْمُسَاقَاةِ الشرب -بَاب لَا حِمَى إلا لِلَّهِ وَلِرَسُولِهِ صلى الله عليه وسلم - رقم٢٢٤١(ج٢/ص٨٣٥).

10 - في البحر " الْمُهَاجِرِينَ ".

11 - البحر الزخار - (٩ / ٤٨٥) .

وفي ذلك ما أخرجه البخاري والموطأ عن أسلم مولى عمر رضي الله عنه اسْتَعْمَلَ مَوْلًى له يُدْعَى هُنَيًّا [١] على نعم الصدقة فقال له يا هُنَيُّ اضْمُمْ جَنَاحَكَ عن الناس وَاتَّقِ دَعْوَةَ الْمَظْلُومِ فإنها مجابة وَأَدْخِلْ رَبَّ الصُّرَيْمَةِ وَرَبَّ الْغُنَيْمَةِ وَإِيَّايَ وَنَعَمَ بن عَفَّانَ وابن عَوْفٍ فَإِنَّهُمَا إن تَهْلِكْ مواشيهما يَرْجِعَان إلى زَرْعٍ ونَخْلٍ وَإِنَّ رَبَّ الصُّرَيْمَةِ و الْغُنَيْمَةِ إن تَهْلِكْ مواشيهما يَأْتِني بِبَنِيهِ فيقول يا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ يا أمير المؤمنين أفتاركه أنا لَا أَبَا لك فَالْمَاءُ وَالْكَلَأُ أَيْسَرُ عَلَيَّ من الذَّهَبِ وَالْوَرِقِ وأيم اللَّهِ إِنَّهُمْ لَيَرَوْنَ أنا قد ظلمناهم إِنَّهَا لَبِلَادُهُمْ ومياههم قَاتَلُوا عليها في الْجَاهِلِيَّةِ وَأَسْلَمُوا عليها في الْإِسْلَامِ والله لَوْلَا الْمَالُ الذي أَحْمِلُ عليه في سَبِيلِ اللَّهِ ما حملت على الناس من بِلَادِهِمْ شِبْرًا" انتهى [٢].

فـــــرعٌ: ولا يجوز ذلك لغير الإمام وواليه.

قال الإمام ح: وَلَا يَبْلُغُ الإمام بِالْحِمَى حَدًّا يَضُرُّ بِالْمُسْلِمِينَ إذْ الْقَصْدُ مَصْلَحَتُهُمْ [٣].

ويجوز نقض ما حماه الإمام لمصلحة فتنقضه هو أو من بعده لأنه إنما جاز فعله للمصلحة حالته، وقد تقتضى المصلحة بعضه بعد ذلك ورده إلى ما كان عليه [٤].

قال في الإرشاد: ولا ينقض النقيع [٥]، يعني الذي حماه رسول الله صلى الله عليه وآله.

قال في شرحه: لأنه نص من الشارع فلا ينقض بالاجتهاد انتهى [٦].

وفي البحر ما لفظه فَرْعٌ وَلَا يُغَيِّرُ حِمَى الرَّسُولِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ مَعَ بَقَاءِ مَصْلَحَتِهِ، فَإِنْ زَالَتْ فَوَجْهَانِ الإمام ي: أَصَحُّهُمَا يَجُوزُ إحْيَاؤُهُ، وَقِيلَ: لَا، لِجَوَازِ عَوْدِ تِلْكَ الْمَصْلَحَةِ قُلْنَا: إذَا عَادَتْ عَادَ حِمًى.

وفيه أيضاً فَرْعٌ: وَمَنْ أَحْيَا مَا حَمَاهُ الإمام بِإِذْنِهِ مَلَكَهُ، إذْ هُوَ نَقْضٌ، وَبِغَيْرِ إذْنِهِ وَجْهَانِ الإمام ي يملكه إذْ الْمِلْكُ بِالْإِحْيَاءِ مَنْصُوصٌ وَحَقُّ الْحِمَى مُجْتَهَدٌ فِيهِ، وَالنَّصُّ مُقَدَّمٌ، وَقِيلَ: لَا كَحِمَى الرَّسُولِ [٧]صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ.

---

1 - قال ابن حجر رحمه الله: " هذا المولى لم أر من ذكره في الصحابة مع إدراكه وقد وجدت له رواية عن أبي بكر وعمر وعمرو بن العاص روى عنه ابنه عمير وشيخ من الأنصار وغيرهما وشهد صفين مع معاوية ثم تحول إلى علي لما قتل عمار ثم وجدت في كتاب مكة لعمر بن شبة أن آل هني ينتسبون في همدان وهم موالي آل عمر انتهى .(فتح الباري ج٦/ص١٧٦).

2 - أخرجه البخاري في صحيحه -كِتَاب الْجِهَادِ وَالسِّيَرِ -بَاب إذا أَسْلَمَ قَوْمٌ في دَارِ الْحَرْبِ وَلَهُمْ مَالٌ وَأَرَضُونَ فَهِيَ لهم - رقم٢٨٩٤ (ج٣/ص١١١٣) .

3 - البحر الزخار - (٩ / ٤٨٦) .

4 -المرجع السابق بنحوه .

5 - الإرشاد (١١١).

6 -شرح الإرشاد (٤٦٤/١) .

7 - في(ب)"رسول الله ص".

قُلْت: وَهُوَ الْأَقْرَبُ كَإِحْيَاءِ الْمُتَحَجِّرِ انتهى [١].

فائـــــدةٌ: النقيع بنون في أوله موضع بديار مزينة في صدر وادي العقيق، وهو في الأصل اسم لكل موضع ينقع فيه ماء المطر [٢].

وسرف بفتح السين المهملة وكسر الراء وآخره فاء، وهو ممنوع الصرف، والربذة[٣] براء مهملة [ثم باء موحدة ثم ذال معجمة مفتوحات، وكلها مواضع بين مكة والمدينة، وهُنَيّ بضم الهاء وفتح النون وتشديد الياء [٤].

قال] [٥] في الشرح: وأراد يعني المؤلف عليلم بنحو الحمى المباحات، فللإمام المنع منها لمصلحة كالمنع من المعادن، ومن الاصطياد من بعض المياه المباحة، وكذا له المنع من سائر المباحات كحمل الطعام من موضع إلى آخر، ومنع البيع من موضع دون آخر ومن شخص دون شخص، ومن جنس دون جنس والمنع من المرور في موضع دون آخر، والحبس والتعزيرات للفساق والمتهمين بالمعاصي زجراً لهم، وإن لم يقم بذلك شهادةٌ كاملة، وليس ذلك ثابتاً لمجرد المصالح بل من وجوهٍ متعددةٍ انتهى [٦].

---

1 - البحر الزخار (٩ / ٤٨٦) .

2 - المصباح المنير - (٢ / ٦٢٢).

3 - الرَّبَذَةُ :هي قرية كانت عامرة في صدر الإسلام وبها قبر أبي ذرّ الغفاري وجماعة من الصحابة. المصباح المنير - (١ / ٢١٥).

4 - هو اسم مَوْلًى يُدْعَى هُنَيا ذكر في صحيح البخاري آنفاً .

5 - سقط من (أ).

6 -الجامع في الشرح (خ).

بَابُ الْمُضَارَبَةِ

قيل: هي مشتقة من الضرب في الأرض، وهو السفر [١].

قال تعالى[٢]:(وَآخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي الْأَرْضِ) الآية[٣]، لما كان لا يحصل المقصود بها في الغالب إلا بالسفر، وقيل من الضرب في المال [٤]، أي التصرف فيه، وعلى هذين الوجهين لا يشتق للمالك منها اسم، بل يقال رب المال، ويقال للعامل مضاربٌ[٥/أ]،[بكسر الراء، وقيل: هي مشتقة من الضرب بسهم في الربح [٦].

قيل: فعلى هذا الوجه، يقال للعامل مضارب] [٧] بفتح الراء وللمالك بكسرها، وقيل يصح أن يقال لكل منهما بكسر الراء وبفتحها على البدل وهو الأقرب.

وقد يسمي العراض اشتقاقاً من العرض، وهو القطع لما كان المالك بقطع للعامل قطعةً من ماله ليتجر فيها [٨].

قال في الغيث: وفي المضاربة معنى الإجارة والوكالة والشركة، فكلما دل عليهما دل على المضاربة، ويدل عليها خصوصاً السنة والإجماع [٩].

أما السنة فتقرير النبي صلى الله عليه و آله إياها، فإن من المعلوم أنها كانت في عصره كثيرة فأشبه فلو كانت محرمة لنهى عنها كما نهى عن كثير من البياعات.

وأما الإجماع فعمل الصحابة ومن بعدهم إلى الآن من دون تناكر، فعن عمر أنه قاسم ابنيه عبدالله وعبيدالله[١٠] في ربح المال الذي سلمه إليهما أبو موسى من بيت المال من الكوفة، ليؤدياه إلى عمر أخرجه الموطأ [١١].

---

1 -النهاية في غريب الأثر - (٤ / ٦٣)و شرح الأزهار - (٣ / ٣٢٧) .

2 - في (أ) رمز لكلمة "تعالى" بـــ "تع".

3 - المزمل:٢٠ .

4 - القاموس المحيط (١ / ٨٤١).وتاج العروس من جواهر القاموس - (١٩ / ١٩) .

5 - نهاية ورقة ٣٣٢ من (ب).

6 - النهاية في غريب الأثر (٣ / ١٦٩). وتاج العروس من جواهر القاموس - (٣ / ٢٥١).و أسنى المطالب في شرح روض الطالب ج٢/ص٣٨٠.

7 - سقط من (ب) .

8 -البحر الزخار (٩ / ٤٨٨) بنحوه. والغيث المدرار ج٣(خ).

9 - الغيث المدرار ج٣(خ) .

10 -هو عبيدالله بن عمر بن الخطاب العدوي القرشي: صحابي، من أنجاد قريش وفرسانهم.ولد في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم،وأسلم بعد إسلام أبيه، ثم سكن المدينة، وغزا إفريقية مع عبد الله بن سعد، ورحل إلى الشام في أيام علي، فشهد " صفين " مع معاوية، وقتل فيها عام ٣٧ هـــ .(الأعلام للزركلي - (٤ / ١٩٥).

11 - أخرجه مالك في الموطأ -كتاب القراض -باب ما جاء في الْقِرَاضِ -رقم١٣٧٢ (ج٢/ص٦٨٧).

وعن ابن مسعود أنه أَعْطَى زَيْدَ بن خُلَيْدَةَ الأنصاري[1] مَالًا مُقَارَضَةً، ذكره الشافعي وأخرجه البيهقي في المعرفة[٢/أ] [٣].

وعن حكيم بن حزام أنه كان يدفع المال مضاربة إلى رجل ويشرط عليه أن لا يمر به بطن الوادي، ولا يبتاع به حيواناً، ولا يحمله في بحر، فإن فعل شيئاً من ذلك فقد ضمن ذلك المال رواه البيهقي بسند قويٍّ [٤].

وعن الْعَلاَءِ بن عبد الرحمن[٥] عن أبيه عن جَدِّهِ أن عُثْمَانَ بن عَفَّانَ أَعْطَاهُ مَالاً قِرَاضًا يَعْمَلُ فيه على ان الرِّبْحَ بَيْنَهُمَا " أخرجه الموطأ[٦].

وعن ابن عمر أنه أعطى مال يتيم مضاربة رواه البيهقي [٧].

وفي الشفاء عن علي عليلم أنه قال في المضارب يضيع منه المال "لا ضمان عليه، والربح بينهما على ما اصطلحا عليه، والوضيعة على المال [٨].

وفي التلخيص عن عبد الرزاق عن علي عليلم بإسناده في الْمُضَارَبَةِ الْوَضِيعَةِ على الْمَالِ وَالرِّبْحُ على ما اصطلحا[٩] عليه والله أعلم [١٠].

قال في البحر: " وَهِيَ عِنْدَ الْعَقْدِ وَكَالَةٌ دَائِمَةٌ، وَبَعْدَ الدَّفْعِ أَمَانَةٌ، وَبَعْدَ التَّصَرُّفِ بِضَاعَةٌ، أَيْ يُرْتَجَى فيها الرِّبْحُ .

وَبَعْدَ الرِّبْحِ شَرِكَةٌ فَإِنْ فَسَدَتْ فَإِجَارَةٌ وَإِنْ خَالَفَ فَغَرَامَةٌ أَيْ يَضْمَنُهَا انتهى [١١].

قوله عليلم :" **هي عقد بَيْنَ جَائِزَيْ التَّصَرُّفِ بإيجاب [بِلَفْظِهَا]** [١٢] **وقبول قبل رد أو فِي حُكْمِهَا على مال من أيهما غالباً معلوم نقد حاضر أو ما فِي حُكْمِهَا"**

---

1 - هو زيد بن خليدة اليشكري الكوفي والد محمد . التاريخ الكبير (ج٣/ص٣٩٣).

2 - نهاية ورقة ٣١٩ من (أ).

3 - الأم (ج٧/ص١٠٨). ومعرفة السنن والآثار للبيهقي -باب القراض (ج٤/ص٤٩٩) .

4 - في السنن الكبرى– كتاب القراض -رقم ١١٣٩٠ (ج٦/ص١١١).

5 - هو العلاء بن عبد الرحمن بن يعقوب الحرقي المدني روى عن أبيه وابن عمر وأنس وطائفة وروى عنه ابنه شبل ومالك والسفيانان وشعبة وخلق وثقه أحمد وغيره وقال ابن معين ليس حديثه بحجة . إسعاف المبطأ (١ / ٢٣).

6 - أخرجه مالك في الموطأ - كتاب القراض -باب ما جاء في الْقِرَاضِ - رقم١٣٧٣ (ج٢/ص٦٨٨).

7 -في السنن الكبرى -رقم١١٣٨٨ (ج٦/ص١١١) .

8 - كتاب شفاء الأوام - (٣ / ١٤).

9 - في التخليص "اصطلحوا" .

10 - ينظر التلخيص الحبير (ج٣/ص٥٨)، ومصنف عبد الرزاق (ج٨/ص٢٤٨)-رقم١٥٠٨٧ وفي إسناده قيس بن الربيع وهو ضعيف كما قال ابن معين. ينظر الجرح والتعديل - (٧ / ٩٧).

11 - البحر الزخار - (٩ / ٤٨٨) .

12 - سقط من (ب) .

هذا الحد أصح[١] الحدود وأتمها .

وقوله "بين جائزي التصرف" احتراز من عقد الصبي والمجنون فلا حكم له ولا فرق بين أن يكونا مسلمين أو ذميين أو مختلفين إلا في صورة غالباً وستأتي.

وقوله "بلفظها" أي بما هو مشتق من لفظها، أو لفظ القراض كضاربتك في هذا المال أو قارضتك، أو خذه مضاربة، أو قراضاً.

وقوله "وقبول" عطف على قوله "بإيجاب".

وقوله" قبل رد" معناه أنه لا يعتبر في القبول أن يكون عقيب الإيجاب على الفور بل يصح، وإن تراخى عنه ما لم يقع رد من العامل، فإن رد الإيجاب بأن يقول لا أقبل أو نحو ذلك لم يصح قبوله بعد ذلك إلا بعد إعادة الإيجاب، هذا مذهبنا أعني أنه لا يعتبر الفور في القبول كما في الوكالة، وإنما يعتبر عدم الرد،وظاهر مذهب الشافعية اشتراط الفور في القبول، لأنه قال في شرح الإرشاد:" ويشترط في القبول الفور بأن يتصل بالإيجاب على الوجه المعتبر في ساير العقود انتهى [٢].

وقوله "أو في حكمها" أي في حكم الإيجاب والقبول، فالذي[٣] في حكم الإيجاب، أن يأمر العامل بالتصرف في رأس المال ليتقاسما الربح، والذي في حكم القبول، هو الامتثال أو يقدم السؤال.

وقوله "على مال من أيهما" يعني حيث كانا مسلمين أو كافرين أو كان المال من الكافر للمسلم.

وقوله: "غالباً "احتراز من أن يكون المال من المسلم للكافر فإن ذلك لا يصح، لأن الكافر يستحل ما لا يستحله المسلم، بخلاف الفاسق فإنه لا يستحل إلا ما يستحله المسلم[٤]، فيحمل على أنه لا يرتكب محظوراً في دينه كالربا، وقد حكى عن الشافعي أن الشركة تصح [٥]بين المسلم والذمي، وتكره،[٦] فلعل خلافه يأتي هنا.

قال في الشرح: ويحترز من أن يكون المال يسيراً لا يمكن التصرف فيه أو كثيراً لا يقدر العامل على التصرف فيه، ويحجره عن الاستنابة، وكذا لو كان التعذر لغير ذلك، نحو

---

1 - في (ب)"أوضح" .

2 - شرح الإرشاد (٤٣٤/١) .

3 - في (ب)"والذي".

4 - في (ب) "المؤمن ".

5 - في (ب) زيادة كلمة " إلا " وهي غير مستقيمة فحذفتها.

6 - المهذب (ج١/ص٣٤٥) و غاية البيان شرح زبد ابن رسلان (ج١/ص٢٠٦).

أن يقول لا تتجر إلا في الصين، وكانت مدة المضاربة يسيرة لا يمكن في مثلها العمل بعد بلوغ الصين، فإن هذه المضاربة، ونحوها لا تصح، وهذا مزيد من المؤلف عليلم، وقد ذكر نحوه في البحر،[١] وكذا لو تضمنت المضاربة أمراً محظوراً فإنها لا تصح انتهى [٢].

قال في الغيث: فإن قلت فكيف يصح بين المسلم والذمي[إذا كان العامل المسلم وقد نهى الرسول صلى الله عليه وآله عن الشركة بين المسلم، والذي] [٣] قلت إنما نهى صلى الله عليه وآله لأنهما يتصرفان معاً وهنا الذمي لا يتصرف [٤].

تنبيـــــهٌ: قيل[ح] [٥]: لو اختلف مذهب العامل ورب المال كالهادوي والمؤيدي فإن العامل لا يتصرف إلا فيما يستجيزانه جميعاً لأنه من حيث أنه وكيل يعمل على مذهب الموكل ومن حيث أنه شريك لا يعمل إلا بما يستجيزه هو.

قيل ح: فلو [كان] [٦] وكله [وكالة] [٧] محضة عمل بمذهب الموكل وإن خالف مذهبه كالمؤيدي يوكل الهدوي ببيع شيء بأكثر من سعر يومه، [و] [٨] قيل ع[٩] : الأولى أنه لا يجوز له [أن] [١٠] يعمل إلا بما يتفق فيه مذهبهما [١١].

وقوله "معلوم" معناه أنه يشترط في رأس مال المضاربة أن يكون معلوم القدر على جهة التفصيل.

وقوله "نقد" يعني دراهم أو دنانير، وليس من شرطهما أن يكونا خالصين بل [أن] [١٢] يكونا مما يتعامل [به] [١٣]، و [لو] [١٤] كان لا يختلف قدر غشه وكان قليلاً، لأن النقد لا يكاد يسلم من ذلك ذكر معناه في الانتصار وهو المروي عن أبي حنيفة [١٥].

وظاهر مذهب الشافعي أن المضاربة لا تصح في المغشوشة

---

1 - البحر الزخار - (٩ / ٤٩٦).
2 - الجامع في الشرح (خ).
3 - سقط من (ب) .
4 -الغيث المدرار ج٣(خ) .
5 - سقط من المخطوط .
6 - الزيادة من (ب) .
7 -سقط من المخطوط .
8 - الزيادة من المخطوط .
9 - في (ب) " ح " .
10 - الزيادة من (ب) .
11 - الغيث المدرار ج٣(خ) .
12 - الزيادة من (أ) .
13 - الزيادة من (أ) .
14 - الزيادة من (أ) .
15 - الانتصار على علماء الأمصار ج٦ (خ)و بدائع الصنائع (ج٦/ص٨٢) .

وإن قل الغش [١].

وأما سبائك الذهب والفضة فقال في شرح الإبانة يجوز فيها إذا كان يتعامل بها، وهو قول ك وأحد قولي ش، وأختاره في الانتصار [٢].

وقال في التفريعات:" لا يجوز، وهو أحد قولي ش وهو الذي في الأثمار، وأصله لأنه شرط أن يكون نقداً والنقد إنما هو الدراهم والدنانير وأما الفلوس فالمذهب أن المضاربة لا تصح فيها وهو قول عامة أهل البيت وقول أبي حنيفة والشافعي [٣].

وقال محمد وك: يجوز إذا كانت نافقة يتعامل بها في التجارات [٤].

وأما العروض ففيها أربعة أقوال:

الأول: مذهبنا.

قال في شرح الإبانة:" وهو إجماع أهل البيت [عليهم السلام][٥] [٦].

قال القاضي زيد: وهو قول ح ومالك وش أنها لا تصح بالعروض مطلقاً لأنهما في القيمي يختلفان في القيمة، وفي المثلي يؤدي إلى أن يرد العمل جميع الربح إلى المالك، [٧/] بأن يحصل غلاء فيما قبض بعد ما تصرف وربح، أو إلى مشاركة العامل للمالك في رأس المال بأن يرخص ما قبض [٨].

القول الثاني: لابن أبي ليلى والأوزاعي أنها تصح في العروض مطلقاً [٩].

القول الثالث: رواية أنها تصح إلا في الطعام.

الرابع: رواية المسعودي[١٠] عن الشافعي أنها تجوز في المثلي لا القيمي [١١].

وقوله "حاضر" يعني في مجلس العقد.

---

1 -روضة الطالبين (ج٥/ص١١٧). و المهذب (ج١/ص٣٨٥).

2 -شرح الإبانة [(خ). و الانتصار على علماء الأمصار ج٦ (خ).و شرح الأزهار (٣ / ٣٢٨) .

3 -التفريعات(خ) وبدائع الصنائع ج٦/ص٥٩ وروضة الطالبين ج٥/ص١١٧و المهذب ج١/ص٣٨.

4 -الفواكه الدواني (ج٢/ص١٢٢).

5 -الزيادة من (أ) .

6 -شرح الإبانة (خ) .

7 -نهاية ورقة ٣٣٣ من (ب).

8 -بدائع الصنائع (ج٦/ص٥٩). والفواكه الدواني (ج٢/ص١٢٢). والمهذب (ج١/ص٣٨٥). و بداية المجتهد(٢ / ١٩٢).

9 -المبسوط للسرخسي (ج١١/ص١٦٠). وشرح فتح القدير (ج٦/ص١٦٨).

10 -هو محمد بن عبد الله بن مسعود المسعودي الإمام أبو عبد الله المروزي،أحد أئمة أصحاب القفال المروزي، كان إماما مبرزا زاهدا ورعا حافظا للمذهب،شرح مختصر المزني ، توفي سنة نيف وعشرين وأربعمائة بمرو .(طبقات الشافعية الكبرى (٤ / ١٧١).

11 -روضة الطالبين (ج٥/ص١١٧) إلا أن هذا الرأي شاذ في المذهب فالصواب المنع كما قال في الروضة.

وقوله "أو ما في حكمها"[1] [معناه أي] [2] يعني في حكم الأمور المذكورة، أما الذي في حكم المعلوم حالة العقد تفصيلاً فمثل أن يعقدا على دراهم غير معلومة تفصيلاً حال العقد بل معلومة جملة وعلمت تفصيلاً بعد العقد، وقبل التصرف، فإن هذا يصح وهذا من الزوائد، وأما الذي في حكم النقد فأراد به الدراهم المغشوشة إذا كان يتعامل بها كما تقدم عن الانتصار، وأختاره المؤلف عليلم، وأما الذي في حكم الحاضر [فنحو أن يعقد المضاربة] [3] ثم يعطيه عرضاً يأمره ببيعه ويجعل ثمنه مالها[4/] ولو تراخى ذلك ولم يفعله في المجلس، فيصح تقدم العقد على حضور النقد عندنا، وهو قول أبي حنيفة وأصحابه، ورواية عن ك لصحة تعلق المضاربة بالمجهول كنصف الربح وثلثه، ونحو ذلك، وعند ش ورواية عن ك لا يصح ذلك للجهالة، كما لو قال متى وصلت القافلة فقد ضاربتك، وكذا قلنا ذلك ملتزم لما مر، ويصح أيضا أن يأمره ببيع العروض ثم يضارب نفسه في ثمنها، ويصح أيضاً أن يأمر العامل بأن يقتض له ديناً من نفسه أو غيره ثم يكون مضاربة، أو يأمره بأن يقبضه ثم يضارب نفسه فيه خلاف الشافعي [5].

فـــــرعٌ: فأما إذا ضاربه في الدين الذي في ذمته من دون قبضٍ له، فإن المضاربة تكون فاسدة، فإذا اشترى شيئاً ونواه للمضاربة كان للمالك الأمر، فيلحقه ربحه وخسرانه، وللعامل أجرة مثله وهو ضامن لأنه أجير مشترك، ويبرأ من الدين الذي كان عليه للأمر، لأنه يستحق الرجوع عليه بالثمن فيقع قصاصاً عن الدين إذا وافقه في الجنس والنوع والصفة، هذا قول أبي يوسف ومحمد، ومبناه على أن البائع من العامل يكون وكيلاً للآمر بقبض الثمن وإن لم يعلم بالوكالة، وعند ح أن المشتري لا يكون للأمر بل يملكه الذي عليه الدين ولا تبرأ ذمته من الدين وله الربح وعليه الخسران [6]، وأما مذهبنا في هذه المسألة، فقيل ح أنه يكون كقول أبي يوسف ومحمد فيبرأ، أما على أحد قولي المؤيد فكما قالا لأن علم الوكيل بالوكالة غير شرط عنده، وأما على قول الهادوية وأحد قولي المؤيد قالا لأن علم الوكيل بالوكالة غير شرط عنده، وأما على قول الهدوية وأحد قولي المؤيد أن علم الوكيل شرط فوجه براءته أن من عليه الدين وكيل بالشراء وثمن ما شرى يثبت في ذمته، وما ثبت عليه ثبت على الأمر مثله فيتساقطان بنفس الشراء قبل دفع الثمن، وقيل بل مذهبنا كقول ح لأن علم الوكيل شرط.

---

1 - في (أ)"حكمهما"والصحيح ما أثبته.

2 - في (ب) "يعني في " بدل مابين المعقوفتين.

3 - في (أ) "ما بين المعقوفتين كررت مرتين فحذفت إحداهما".

4 - نهاية ورقة ٣٢٠ من (أ).

5 - بدائع الصنائع (ج٦/ص٦٠).و روضة الطالبين (ج٥/ص١١٧). و بداية المجتهد (٢ / ١٩٣).و شرح الأزهار (٣ / ٣٢٩).

6 - المبسوط للسرخسي (ج١٨/ص١٤٠) .

قال في الغيث: قلت الصحيح الأول، وقد ذكره الفقيه س في تذكرته [١].

وإنما عدل المؤلف [عليلم] [٢]عن قوله في الأزهار" أَوْ مَا فِي حُكْمِهِ "[٣] إلى قوله "أو ما في حكمها" ليتناول الصور الثلاث الذي في حكم المعلوم، والذي في حكم النقد، والذي في حكم الحاضر كما تقدم.

وأراد بالذي في حكم النقد الدراهم المغشوشة بناء على أنها لا تسمى نقدا، وإنما تسمى نقداً ما كان خالصاً.

قوله عليلم " **بتَفْصِيلَ كَيْفِيَّةِ الرِّبْحِ**" أي ويشترط لصحة المضاربة أن يقع العقد بتفصيل كيفية الربح بينهما كنصفين أو نحوه أو يقول مثل ما شرط، فلأن لعامله، ولو جهلاه في الحال كما في المرابحة، فإن اختلفا في ذلك من بعد فالبينة على العامل إذ يدعى الزيادة.

قيل: ولعلها لا تقبل شهادة فلان وعامله لأنها على فعلهما ولا يكفي أن يقول والربح بيننا.

وقال أبو حنيفة: يكفي وتصح المضاربة، واختاره في الانتصار [٤].

وعن الفقيه ح أن هذا إذا لم يكن ثمة عرف إذ[٥] كان ثمة عرف أنه بينهما نصفان أو أثلاث صحت المضاربة، وقد ينظر على ذلك بما ذكره في الوصية إذا قال هو بين فلان وفلان كان بينهما نصفين [٦].

وقال في التفريعات: فإن قال على أنه بيننا لم يصح، وإن قال على أن لي شركة لم يصح، وإن قال على أني وإياك شريكان صح وقسم الربح نصفين [٧].

قال في مهذب الشافعية:" وإن قال على أن لي النصف وسكت فوجهان، الصحيح أنه لا يصح.

وإن قال:" على أن لك النصف" فوجهان، الصحيح أنه يصح، لأن الربح يتبع رأس المال فإن أخرج بعضه بقي الباقي تابعاً لرأي المال.

قال: وعلى هذا لو قال على أن لك نصفاً ولي ثلثاً

---

1 -الغيث المدرار ج٣(خ). والتذكرة الفاخرة (٤٢٨) و بدائع الصنائع (ج٦/ص٦٠).
2 - الزيادة من (أ) .
3 -الأزهار - (١ / ١٢٤).
4 - الفتاوى الهندية (ج٤/ص٢٨٩) و الانتصار على علماء الأمصار ج٦ (خ) .
5 - في (ب)"فإن".
6 -الغيث المدرار ج٣(خ) .
7 - التفريعات (خ).

كان نصفين بينهما [١].

قال في الشامل: ولو شرط بعضه لأجنبي من غير عمل فسدت هكذا في الغيث [٢].

قيل فإن قال: على أن يكون الربح كله لي صح، وكان العامل متبرعاً، وإن قال على أن يكون كله لك، فقال في مهذب الشافعية والكافي يكون قرضاً، وقال في الانتصار: يفسد [٣].

وإذا لم يبينا كيفية الربح بينهما فسدت، وإن عقدا على شرط في الربح ثم تراضيا من بعد على زيادة أو نقصان صح، خلاف ش [٤].

وإن قال المالك على أن يكون لي نصف الربح ونصف ما حصل لك فقيل يفسد، وقيل يصح، ويكون له ثلاثة أرباع الربح وللعمل ربعه، وقيل يقاسمه في النصف حتى لا يبقى منه ما لنصفه قيمة ذكر معنى ذلك كله في البيان [٥].

وفي البحر ما لفظه "الإمام ي عن العترة والفريقين : فَلَوْ شَرَطَ كُلَّهُ لِلْعَامِلِ فَسَدَتْ وَتَبِعَ الْمَالُ ، وَلِلْعَامِلِ أُجْرَةُ الْمِثْلِ ، إذْ عَمِلَ بِعِوَضٍ.

المذهب والشافعي: وَكَذَا إنْ شَرَطَهُ كُلَّهُ لِلْمَالِكِ، إذْ الْمُضَارَبَةُ تَقْتَضِي الْعِوَضَ عَلَى الْعَمَلِ.

أبو حنيفة وبعض أصحاب ش: لَا، إذْ قَدْ رَضِيَ بِالتَّبَرُّعِ [٦].

قُلْنَا: خِلَافُ مُوجِبِهَا.

وَقِيلَ إنْ شَرَطَهُ كُلَّهُ لِلْعَامِلِ انْقَلَبَتْ قَرْضًا. لَنَا مَا مَرَّ [٧].

" مَسْأَلَةٌ " وَلَوْ شَرَطَ بَعْضَهُ لِأَجْنَبِيٍّ فَسَدَتْ ، إذْ لَمْ يُقَابِلْ مَالًا وَلَا عَمَلًا إلَّا أَنْ يَكُونَ الْأَجْنَبِيُّ عَبْدَ الْمَالِكِ [٨]، إذْ يَمْلِكُ مَا يَمْلِكُ وَلَوْ شَرَطَ عَمَلَ الْعَبْدِ مَعَهُ فَسَدَتْ كَالسَّيِّدِ ، وَلَوْ شَرَطَ الْمَالِكُ أَوْ الْعَامِلُ بَعْضَ نَصِيبِهِ[٩/] لِأَجْنَبِيٍّ لَمْ تَفْسُدْ ، إذْ نَصِيبُهُ مَا لَهُ فَيَفْعَلُ بِهِ مَا يَشَاءُ، وَلَوْ شَرَطَهُ الْمَالِكُ عَلَى الْعَامِلِ فَسَدَتْ لِمَا مَرَّ انتهى [١٠].

---

1 - المهذب (ج١/ص٣٨٥).
2 - الغيث المدرار ج٣(خ) .
3 - المهذب ج١/ص٣٨٥ و الكافي (خ) والانتصار على علماء الأمصار ج٦ (خ) .
4 - المهذب (ج١/ص٣٨٥).
5 - البيان لابن مظفر(١٩٤/٣) .
6 - تبيين الحقائق (ج٥/ص٥٣). و إعانة الطالبين (ج٣/ص١٠١).وروضة الطالبين (ج٥/ص١٢٢).والمهذب (ج١/ص٣٨٥).
7 - البحر الزخار - (٩ / ٤٩٧).
8 - في (ب)"للمالك".
9 - نهاية ورقة ٣٣٤ من (ب).
10 - البحر الزخار - (٩ / ٤٩٨) .

قال في الشرح: وإنما عدل عن عبارة الأزهار في أول الفصل لأنه جعل ماهية المضاربة شروطاً، وليس كذلك لأن شرط الشيء غيره، وحذف قوله في الأزهار" ورَفْضُ كُلِّ شَرْطٍ يُخَالِفُ مُوجَبَهَا "[١] لدخول معنى ذلك فيما سيأتي في شرح غالباً في الفصل الثاني، ولأن عبارة الأزهار هذه توهم أنه يذكر الشرط المخالف موجبها ثم يرفض فيوهم أنه لا أقل من أن يحصل الرفض لذلك ولذلك ذكر في شرح النجري أن ذلك غير مراد الإمام [عليلم] [٢] في الأزهار انتهى [٣].

---

1 - **الأزهار - (١ / ١٢٤).**

2 - **الزيادة من (أ) .**

3 - **الجامع في الشرح (خ).**

"فَصْـــــلٌ"

ويَدْخُلُهَا التَّوْقِيتُ وكذا التَّعْلِيقُ والقصر غالباً "أي يصح أن تكون المضاربة مؤقتة نحو أن يقول ضاربتك في هذا المال سنة فإذا انقضت فلا شراء، فإن قال "ولا بيع" فسدت إذ خالف موجبها فإن أطلق التوقيت صحت على الأصح، وبعد مضي المدة يبيع ولا يشتري، وكذا يصح تعليق المضاربة على شرط ولو مجهولاً كما في الوكالة، نحو إذا جاء رأس الشهر أو إذا جاء فلان فقد ضاربتك في هذا المال على كذا أو نحو ذلك، ويدخلها القصر عما شاء المالك نحو أن يقول لا تتجر في الجنس الفلاني أولا تشتري من فلان أو لا تتجر بعد سنة، أو بعد الخسر أو لا تسافر أو لا تبيع بنسأ، أو في بلد كذا[1/] أو لا تتجر إلا في جنس كذا.

وقال الشافعي: إن كان يوجد ذلك الجنس في الصيف والشتاء جازت المضاربة، وإن عدم في أحدهما فسدت [٢].

قلنا: فهذا القصر ونحوه يصح، وإنما عدل المؤلف عليلم عن لفظ "الحجر"[٣] إلى لفظ "القصر" لأنه أصرح في المقصود.

وقوله "غالباً" احتراز من أن يشرط شرطاً يخالف موجبها نحو أن يشرط لأحدهما ديناراً من الربح، فإنها تفسد لأنه يؤدي إلى أن يستبد بالربح حيث لم يحصل إلا الدينار، وكذا لو شرط العامل أن يأكل من المال في غير السفر أو أن الوضيعة عليهما أو شرط نفقة عند للعامل لا يعمل أو على أنك إن أشريت سلعة صفتها كذا فهي لي أو انتفع بها حتى تبتاع، فإن المضاربة تفسد في جميع ذلك لمخالفته موجبها، فإن قال أحدهما على أن لي عشرة من الربح أن ربحنا أكثر منها أو نحو ذلك صحت، ولزم الشرط إذ لا مقتضى للفساد حينئذ، وهذا الاحتراز راجع إلى التعليق.

ويحترز أيضاً من أن يقول المالك لا تبع إلا من فلان أو على أن لا يبيع إلا بنسأ فإن هذين الشرطين لا يصحان بل تفسد المضاربة في الصورة الأولى، ويصح في الثانية ويلغو الشرط فيكون له أن يبيع بالنقد، والاحتراز في هاتين الصورتين راجع إلى قوله والقصر.

وحذف قوله في الأزهار "فَيَمْتَثِلُ الْعَامِلُ وَإِلَّا ضَمِنَ التَّالِفَ"[٤] لدخول معنى ذلك فيما سيأتي من قوله، وفي غيره يفسد

---

1 - نهاية ورقة ٣٢١ من (أ).

2 -الإقناع للماوردي (ج١/ص١٠٩). والحاوي الكبير(ج٧/ص٣١٢) بنحوه .

3 -الأزهار - (١ / ١٢٤).

4 -المرجع السابق.

ويضمن الناقص[1] فيهما.

تنبيـــــهٌ: قال في شرح الإبانة:" إذا ضارب عاملين ففصل أحدهما في الربح جاز ذلك عند السادة والحنفية ولم يجز عند ش" [2].

قال في الانتصار:" يجوز هذا ولا يجوز لو دفع رجلان مالاً مشتركاً بينهما نصفين، وفصل أحدهما في الربح على الآخر [3].

فــــــــرعٌ: وإذا شرط المالك أنه يشارك العامل في التصرف هو أو عبده أو وكيله أو أن العامل لا يبيع إلا بإذنه أو إذن وكيله أو أن المال يبقى تحت يده فسدت المضاربة لأن ذلك خلاف موجبها ذكر معنى ذلك في البحر [4].

قوله عليلم:" **وله فيها كل تصرفٍ غالباً** " أي يجوز للعامل في المضاربة المطلقة التي ليس فيها قصر ولا تفويض كل تصرف جرت به العادة، فله أن يبيع بنسأ مدة معتادة من وفي، وأن يسافر سفراً معتاداً ويشتري ما رآه مصلحة، ويستأجر معه أجراء للتجارة والإعانة ويودع ويوكل ويرهن ويرتهن هذا مذهبنا.

وقال ك[5] وش وابن أبي ليلي: لا يبيع بنسأ مع الإطلاق [6].

وقال ش ورواية عن ح: لا يسافر إلا بإذن المالك[7].

وقوله "غالباً" احتراز من الخلط و المضاربة والعرض والسفتجة.

أما الخلط ففيه ثلاثة أقوال إطلاقان وتفصيل:

الإطلاق الأول: لمالك والأوزاعي: أن له أن يخلط مال المضاربة بغيره وإن لم يؤذن له ولا يفوض [8].

الإطلاق الثاني للشافعي: أنه ليس له ذلك وإن فوض [9].

الثالث التفصيل لأهل المذهب: أنه لا يجوز مع الإطلاق،

---

1 - في (ب) "القابض".
2 - شرح الإبانة (خ) و الدر المختار (ج٥/ص٦٥٢).
3 - الانتصار على علماء الأمصار ج٦ (خ) .
4 - البحر الزخار - (٩ / ٤٩٨) .
5 - هكذا في البحر عن ك قال في بعض حواشيه: هكذا في الشرح وبعض نسخ البحر عن ك.تعليق في الحاشية من (ب).
6 - المدونة الكبرى (ج١٢/ص١١٥)و الحاوي الكبير(ج٧/ص٣٢٢) .
7 - الإقناع للماوردي (ج١/ص١٠٩) .
8 - مختصر اختلاف العلماء للجصاص /أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي- دار البشائر الإسلامية - بيروت - ١٤١٧، الطبعة: الثانية، تحقيق: د. عبد الله نذير أحمد(ج٤/ص ٤٣).
9 - المهذب (ج١/ص٣٨٦).

ويجوز مع التفويض [١].

وأما المضاربة: وهي أن يدفع العامل مال المضاربة إلى غيره مضاربة، فالمذهب أن ذلك لا يجوز إلا بإذن أو تفويض، ومع الإذن أو التفويض له مشاركة الثاني في الربح عند ط وأبي حنيفة خلافاً للشافعي، فقال يكون الربح لرب المال وللعامل الثاني أجرة المثل، ولا شيء للعامل الأول، ولو شرطه إذ ليس في مقابلة مال ولا عمل [٢]. قلنا العقد عمل .

فـــــرعٌ: وإذا كان الربح بين المالك والعامل الأول نصفين ثم عامل الثاني على أن يكون له الثلثان فإنه يضمن للمالك سدس الربح لأنه استهلكه عليه، وإن كان قال له المالك ما ربحت أو ما كسبت فهو بيني وبينك نصفان[٣] كان ما حصل له من العامل الثاني بينه وبين المالك نصفين قيل ذكره في شرح الإبانة[٤]، وأما الفرض من مالها فلا يجوز للعامل.

قيل إلا أن تجري به عادة ممن معه مثل مالها جاز ذلك، وله أن يستقرض لمالها من غيره أو من نفسه لمصالح مالها لا ليجعله زيادة عليه وكذلك[٥] السفتجة لا يجوز حيث يكون في صورة القرض نحو أن يقرض شيئاً من مالها ثم يكتب إلى المستقرض أن يقضيه بدله في بلد آخر، فأما لو أودع شيئاً من مالها ثم كتب إلى الوديع أن يعطيه بدلا عنه في بلد آخر فذلك جائز مطلقاً، فلا يجوز القرض والسفتجة من العامل [و] [٦] إن قرض إلا أن يجري عرف بأن التفويض يتناولهما أو بإذن المالك [بهما] [٧] إذنا خاصاً [٨].

قال في الشرح: وإنما قال المؤلف عليلم فيها، ولم يقل في مطلقها كما في الأزهار، لأن المراد العموم لا أن المراد المضاربة المطلقة [٩/] من دون تقييد، فالمطلقة يثبت فيها كل تصرف غالباً، والمقيدة كذلك حسب التقييد فيستقيم حينئذ الاستثناء بلفظه غالباً فيدخل فيها ما ذكره انتهى بلفظه [١٠].

---

1 - البحر الزخار - (١٠ / ٤). وشرح الأزهار - (٣ / ٣٣٢).
2 - شرح الأزهار - (٣ / ٣٣٢)والمهذب (ج١/ص٣٨٦).
3 - في (أ) " نصفين".
4 - شرح الإبانة (خ) .
5 - في (ب) "كذا".
6 - الزيادة من (ب) .
7 - الزيادة من (ب) .
8 - شرح الأزهار - (٣ / ٣٣٢) بنحوه .
9 - نهاية ورقة ٣٣٥ من (ب).
10 -الجامع في الشرح (خ).

"فَصْـــــــلٌ"

ونحو مُؤَنَ [العامل والمال] [١] **مستغلاً بها من نحو ربحه ثم من رأسه حسب العادة [غالباً]** [٢] " أراد بمؤن المال ما يحتاج إليه من كراء وجبا، وأجرة دلال، وعلف بهيمة، وغير ذلك، وبمؤن العامل ما يحتاج إليه من طعام وشراب وكسوة ومركوب حسب ما يعتاده، فإن لم تكن له عادة فعادة مثله، فإن كان يكفيه في السفر مثل ما يكفيه في الحضر لم يزد على ذلك، فإن احتاج إلى أكثر وكان ذلك معتاداً كان له أخذه من مال المضاربة وإلا لم يجز له أن يحسبه من مالها كالدواء وأجرة الحجام .

قيل ح: إلا أن يكون لا يعتدى إلا بذلك فهو من المعتاد [٣].

قال أبو طالب: وكذلك نفقة خادمه إذا كان ممن لا يطيق خدمة نفسه [٤].

قيل: والواجب على العامل أن يعمل بيده ما جرت العادة بعمله كطي الثياب ونشرها ووزن ما خف وعدد الدراهم ونقدها فإن أستأجر على مثل هذه الأعمال كانت الأجرة من ماله، وأما ما جرى العرف بأنه يستأجر عليه ككيل المكيل ووزن الثقيل وحمله فيستأجر لذلك من مالها فإن عمله بنفسه كان متبرعاً، فهذه المؤن كلها تكون من ربح المال ونحوه فإن لم يكن ثمة ربح كانت مؤن المال من رأسه [٥].

قيل ع: ولو أدى إلى استغراق المال جاز ذلك [٦].

وأما مؤن العامل فإنما يكون من الربح بشرط أن يكون مشتغلاً بمال المضاربة فإن كان مشتغلاً بغيره نحو أن يسافر لقصد الحج فإنه[٧/] لا يستنفق من مالها فإن قصد بالسفر مال المضاربة والحج كليهما أو غير الحج فإن المؤن تقسط على حساب ذلك [٨].

قيل [ح] [٩]: وكذلك له أن ينفق من الوديعة بحصتها[١٠].

---

1 - **الزيادة من (ب) " المال والعامل " بدل ما بين المعقوفتين.**
2 - **الزيادة من (ب) .**
3 - **الغيث المدرار ج٣(خ) .**
4 - **المرجع السابق.**
5 - **المرجع السابق بنحوه .**
6 - **الغيث المدرار ج٣(خ).**
7 - **نهاية ورقة ٣٢٢ من (أ).**
8 - **شرح الأزهار - (٣ / ٣٣٣) .**
9 - **الزيادة من (أ) .**
10 - **شرح الأزهار - (٣ / ٣٣٤).**

قيل [ع][١]: أما الوديعة فالعرف خلاف هذا، وهو أنه لا ينفق منها على نفسه وإنما يأخذ [منها] [٢] حصتها من الكراء والجَبَّاء[٣]، وإذا أنفرد عمله ببعض الأشياء إما بماله أو بمال المضاربة كانت النفقة مما أشتغل به [٤].

قيل: فإن استؤجر للحج فسافر له وللمضاربة أنفق على نفسه من مال المضاربة مهما اشتغل بها[٥] [٦].

قال في الشرح: وكذا إذا كان مقيماً في بلده وكان مشتغلاً بها بحيث لولا هي لسافر فإنه مثمون منها على حسب العادة [٧]. وقد حكى مثله في الغيث عن الفقيه ح [٨].

وقال الليث: يتغذى إذا كان في الحضر من مال المضاربة ولا يتعشى منه لأنه يشتغل في النهار بمصالح المال.

قال الطحاوي: كلامه خلاف الإجماع [٩].

قال في الغيث: وأما في السفر فاختلف العلماء على أربعة ٌأقوال:

الأول: مذهبنا وأبي حنيفة ومالك وأحد أقوال ش أن نفقته تجب ذاهباً وراجعاً، وسواء كان في رجوعه مشتغلاً بالتجارة أم لا على ما حكاه في الزوايد عن ط، وذكر[١٠] الناصر أن له ذلك إن كان مشتغلاً بالتجارة وهو الذي في الأزهار [١١].

الثاني للشافعي:لا تجب له نفقة بل ينفق على نفسه من ماله [١٢].

الثالث: للمؤيد وأحد أقوال ش أنه ينفق على نفسه ما زاد على نفقة الحضر، يعني قدر نفقة الحضر من خاصة ماله، والزايد من مال المضاربة [١٣].

الرابع: للثوري قال ينفق على نفسه منها في الذهاب لا في الرجوع انتهى [١٤].

---

1 - الزيادة من (أ) .
2 - الزيادة من (أ) .
3 - هو ما يؤخذ من المارة على غير حفظ الشيء .ينظر حاشية المنتزع المختار من الغيث المدرار (١٢/٨).
4 - المرجع السابق.
5 - في (ب)"به".
6 - المرجع السابق.
7 -الجامع في الشرح (خ).
8 -الغيث المدرار ج٣(خ) .
9 - مختصر اختلاف العلماء (ج٤/ص٤٤).
10 - في (ب) "و ذكره".
11 - الاستذكار (ج٧/ص٦). والمدونة الكبرى (ج١٢/ص٩٢) و الزوائد (خ)و البحر الزخار(١٠ / ٣١) الأزهار (١ / ١٢٤).
12 - الاستذكار (ج٧/ص٦). و التنبيه (ج١/ص١١٩).
13 - التنبيه (ج١/ص١١٩).
14 - مختصر اختلاف العلماء (ج٤/ص٤٣)و البحر الزخار (١٠ / ٣١) والغيث المدرار ج٣(خ) .

قال في الشرح: وأراد بنحو مؤن المال بعضه فإنه يجبر من ربحه إلا ما أحترز منه بقوله غالباً، وأراد بالربح نتائج الحيوان ولبنه وصوفه ونحو ذلك فهذه نحو الربح وليست بربح حقيقة [١].

وقوله "غالباً " احتراز من أن يكون النقص قبل التصرف فإنه لا يجبر من الربح بل تصير المضاربة كأنها فيما بقي، ويحترز من أن يكون العامل مشتغلاً بها وبغيرها كتجارة أخرى أو بعض أعمال الحج فإنه لا يلزم إلا قدر حصة الاشتغال بها مع أنه يصدق أنه مشتغل بها، ويحترز من أن يكون مؤن العامل يستغرق أكثر رأس المال فإنه ليس له ذلك، وأما لو جوز استغراق [النصف فما دون أو استغراق][٢] جميع الربح.

فقال الأمير جمال الدين[٣] والأمير شرف الدين[٤]: ليس له الاستنفاق ومثله في التذكرة والأزهار [٥].

وقيل ح: بل ينفق على نفسه ما لم يجوز استغراق المال أو أكثره والنصف في حكم الأقل.

قيل ع: ولعله يعمل بظنه، وقوى هذا القول المؤلف عليلم، وإنما عدل عن عبارة الأزهار لإفادة حكم النقض، وليدخل حكم فوائد المال غير الربح ولإفادة كون اختيار المؤلف [عليلم] [٦] غير اختيار الإمام المهدي عليلم في الأزهار، من كونه ينفق على نفسه ما لم يؤدي إلى استغراق أكثر رأس المال كما ذكره الفقيه ح مع اختصار انتهى [٧].

قيل ع: ولعله يعمل بظنه، فإن أنفق وانكشف أنها أكثر ضمن وإن لم ينفق من مال المضاربة، وانكشف أن النفقة من النصف فما دون رجع ما لم ينو التبرع هكذا في الغيث[٨].

قال في الأزهار: "وفِي مَرَضِهِ ونَحْوِهِ تَرَدُّدٌ"[٩].

---

1 -الجامع في الشرح (خ).

2 - سقط من (ب) .

3 -هو الأمير جمال الدين المؤيد بن الأمير ترجمان الدين أحمد بن شمس الدين يحيى عليهم السلام - كان من العلماء المبرزين والفضلاء المحققين، وقبر ببلاد بني حذيفة في وادي صارة. مطلع البدور ومجمع البحور (٤ / ٤٠٤).

4 - هو نفسه الأمير الحسين بن بدر الدين محمد بن أحمد – وقد سبق ترجمته

5 - التذكرة الفاخرة (ص٤٣١).والأزهار - (١ / ١٢٤).

6 - الزيادة من (أ) .

7 -الجامع في الشرح (خ) وشرح الأزهار - (٣ / ٣٣٥)بنحوه .

8 - الغيث المدرار ج٣(خ) .

9 - الأزهار - (١ / ١٢٤).

قال في الغيث: إذا عرض له مرض أو حبس في حال سفره منعه من التصرف وأراد أن يستنفق منها ففيه تردد بين المذاكرين، ففي الروضة عن الأمير الحسين وعطية لا يستنفق منها، وعن ابن معرف له أن يستنفق منها، والقولان محتملان انتهى [١].

ولعل المؤلف عليلم إنما حذفه للتردد المذكور .

تنبيـــــهٌ: لو شرط العامل في[٢] نفسه أن لا يستنفق منها، قال السيد ح في الياقوتة يلزمه الشرط فلا يستنفق [٣].

قيل ف: ولعل المراد إذا لم يرجع ككراء السفينة، وفي التفريعات يبطل الشرط لا المضاربة بخلاف ما إذا شرط نفقة عياله منها فإن المضاربة تفسد [٤].

تنبيـــــهٌ: إذا فسخا عقد المضاربة، فإنه ينظر هل المال موجود أو دين على الغير إن كان موجوداً، وقبضه مالكه في بعض الطريق.

فقال في الانتصار: يحتمل أن له النفقة حتى يرجع لأنه قد كان مستحقاً لها ويحتمل خلاف ذلك وهو المختار، لأنها قد انفسخت فأشبه ما إذا مات فإنه لا يجهز[٥/] منه، وأما إذا كان ديناً على الغير [٦].

فقال في التفريعات: إذا فسخت وهو دين وجب عليه أن يتقاضاه إن كان ثمة ربح وينفق على نفسه، وإن لم يكن ثمة ربح لم يجب عليه أن يتقاضاه، وقال في شرح الإبانة مذهب أصحابنا ومالك أنه يجب على العامل يقاضي الدين، وليس على المالك أن يحتال وإن لم، ضمنه العامل، وقال أبو حنيفة والشافعي لا يجب عليه بل يحتال المالك لأن الوكيل لا يلزمه الإتمام [٧].

قلنا: إن لم يتقاضاه فهو كالمستهلك ذكر جميع ذلك في الغيث [٨].

قوله عليلم " **والقول له في نحو ما أنفق من ماله بِنِيَّةِ الرُّجُوعِ مع البقاء** " يعني أن العامل إذا أدعى أنه أنفق من مال نفسه على مال المضاربة بنية الرجوع على مالها، وأنكر المالك ذلك فإن القول للعامل فيما ادعاه مع يمينه، وأراد المؤلف عليلم بنحو الإنفاق ما

---

1 - الغيث المدرار ج٣(خ) .
2 - في (ب)"على" .
3 -الياقوته (خ) .
4 - التفريعات (خ).
5 - نهاية ورقة ٣٣٦ من (ب).
6 - الانتصار على علماء الأمصار ج٦ (خ) .
7 - شرح الإبانة (خ).والمهذب (ج١/ص٣٨٩).
8 - الغيث المدرار ج٣(خ) .

اقترضه لها وما سلمه من جبا ونحوه، وكذا الخسر القول له فيه وفي قدره، وهذا كله مع بقاء المال لأنه أمين، وأما مع تلف المال فالقول في ذلك للمالك مع يمينه والبينة على العامل لأنه يدعي تضمين المالك، والأصل براءته فإن بين بذلك غرم له المالك هذا مذهبنا، وحكاه في شرح الإبانة للناصر وأبي حنيفة وصاحبيه، وقال الشافعي: يصدقه مع البقاء ومع التلف على قدر نفقة المثل (١).

قوله عليلم: " **ولا خَسرَ قَبْلَ تَصَرُّفٍ** " يعني أنه إذا حصل نقص في رأس المال قبل أن يتصرف العامل فيه فإن ذلك النقص لا يسمى خسراً ولا يثبت له حكم الخسر لأن الخسر في العرف إنما هو ما حصل عن التصرف، وعلى هذا فلا يجب أن يجبر ذلك النقصان بشيء من الربح الحاصل بعد النقص لأن رأس المال ليس إلا ما بقي بعد النقص فقط .

وقوله عليلم:" **وكذا الربح**" معناه وكذلك إذا حصل في رأس المال زيادة قبل أن يتصرف العامل فيه، وذلك نحو أن يزداد سعر النقد الذي عقدت عليه المضاربة، فإن تلك الزيادة لا تسمى ربحاً ولا يستحق منها العامل شيئاً بل يكون ذلك الزائد من رأس المال هذا حاصل ما نقل عن المؤلف عليلم .

قوله عليلم " **ويملك الحصة بِالظُّهُورِ** (٢)" يعني أن العامل يملك حصته من الربح بظهور الربح، وذلك بأن يرتفع ثمن سلع المضاربة فيصير[٣/] بعضها ملكاً للعامل، وهو قدر حصته من الربح الذي قد ظهر فيتبعها أحكام الملك، وهو وجوب الزكاة حيث يجب وحصته من الفطرة إذا كانت السلع(٤) أو بعضها رقيقاً ويعتق عليه من كان فيهم رحماً له، وينفسخ نكاح زوجته إذا كانت فيهم ويصير بحصته غنياً ونحو ذلك، هذا هو المذهب، وعند المؤيد و الشافعي أنه لا يملك حصته من الربح إلا بقسمته إذ لو ملكت بالظهور لما جبر به الخسر ولا استحق حصتها من [ربح] (٥) الربح (٦).

قلنا: إنما يلزم(٧) جبر الخسر بها لأن ملكه [لها] (٨) غير مستقر كما أشار إليه المؤلف عليلم بقوله " **ويَسْتَقِرُّ بِالْقِسْمَةِ مع استمراره**" أي إنما يستقر ملكه لحصته من الربح بقسمته مع بقاء ذلك الربح واستمراره معنى كون ملكه قبل القسمة غير مستقر أنه إذا حصل خسر

---

1 - شرح الإبانة (خ)و المهذب (ج١/ص٣٨٩). و شرح الأزهار - (٣ / ٣٣٦).
2 - في (ب)"بظهوره" .
3 - نهاية ورقة ٣٢٣ من (أ).
4 - في (ب)"السلعة".
5 - الزيادة من (أ) .
6 - شرح الأزهار - (٣ / ٣٣٦).و روضة الطالبين(ج٥/ص١٤٥).
7 - في (ب)"لزم" .
8 - الزيادة من (أ) .

بعد ظهور الربح جبر به رأس المال فبطل ملك العامل لما جبر به من الربح، وكذا لو اقتسما الربح وهما جاهلان للخسر ثم انكشف لهما الخسر بعد القسمة وتبين لهما أن الخسر وقع قبلها فإن القسمة تبطل ويجبر بالربح رأس المال هذا هو المذهب، وعلى الجملة فالمسألة على وجوه ثلاثة:

الأول: أن يحصل ربح وخسران قبل أن يقبض المالك رأس المال وقبل قسمة الربح فلا خلاف في أنه يجبر الخسران بالربح.

الثاني: أن يحصل ربح ثم يقتسمانه ويقبض المالك رأس المال فلا خلاف أن الخسران لا يجبر بالربح إذا عاد رأس المال إلى العامل فخسر فيه لأن هذه معاملة أخرى .

الوجه الثالث: أن يقسم الربح ولا يقبض المالك رأس المال ثم حصل الخسران بعد ذلك ففي هذه خلاف فظاهر كلام الهادي عليلم أنه لا يجبر، وأن العامل ينعزل بقسمة الربح فإذا تصرف بعد القسمة لم يكن إلا بإذن رب المال فحمله المؤيد على ظاهره ومثله عن الناصر [١].

وقال أبو العباس وأبو حنيفة والشافعي: أنه يرد ما أخذه من الربح ويجبر به الخسران لأن الفسخ إنما يكون بقبض رأس المال،[٢] ومحل الخلاف إذا اقتسما الربح ورأس المال على صفته ،أما لو كان سلعاً فالقسمة موقوفة على كمال رأس المال، وقد تؤل كلام الهادي على أن المالك قبض على أن المالك قبض رأس المال [٣].

قوله عليلم : " **وَلَا يَنْفَرِدَ العامل بِأَخْذِ حِصَّتِهِ** " أي لا يجوز للعامل أن ينفرد بأخذ حصته من الربح من دون إذن المالك سواء قلنا أن القسمة بيع أم إقرار .

قيل ح : لأنه لا يفسخ المضاربة في غير حصول المالك، فأما المالك فله أن يأخذ نصيبه من دون حضور العامل لأنه لا يحتاج في عزله إلى حضوره هذا إذا قلنا أن القسمة إقرار، وقيل بل لكل واحد منهما أن ينفرد بأخذ حصته إن جعلنا القسمة إقرارا والأول أصح [٤].

---

1 - **شرح الأزهار - (٣ / ٣٣٧) .**

2 - **الإقناع للشربيني (ج٢/ص٣٤٣). و روضة الطالبين (ج٥/ص١٤٤).والحاوي الكبير (ج٧/ص٣٢٦).و بداية المجتهد (ج٢/ص١٨١).**

3 - **شرح الأزهار - (٣ / ٣٣٧) .**

4 - **شرح الأزهار - (٣ / ٣٣٦).**

"فَصْــــــلٌ "

ولِلْمَالِكِ نحو شِرَاءَ سِلَعِ الْمُضَارَبَةِ مِن العامل فقط " أي يجوز للمالك أن يشتري من العامل سلع المضاربة وإن لم يكن قد ظهر فيها ربح.

قال أبو طالب: والوجه في جواز ذلك أن التصرف فيها كالبيع[١] وغيره إلى العامل دون رب المال لأنه لو باع من دون إذن العامل لم يجز ولا أراد منعه من بيعها لم يكن له ذلك هذا مذهبنا على ما حصله أبو العباس [٢].

قال في الزهور: واعلم أن هذه المسألة على وجوه ثلاثة:

الأول: أن يكون في مال المضاربة ربح فيشتري المالك حصة العامل من الربح فهذا جائز وفاقاً مع أن المؤيد [بالله] [٣] يقول إنما يملك حصته بالقسمة لكن قد حصل في البيع معنى القسمة.

الثاني: أن يكون في المال ربح واشترى رب المال جميعه، فقال أبو العباس وأبو حنيفة والشافعي والمؤيد في الاستحسان: [٤/] أن هذا جائز لأن التصرف حق للعامل إذ[٥] ليس للمالك التصرف إلا بإذنه وهذا قول الأكثر، وقال المؤيد في القياس لا يجوز في الزائد على حصة العامل لأنه شراء ماله بماله وهو قول زفر .

[و][٦] الوجه الثالث: أن يكون المال سلعةً لا ربح فيها فقد صرح أبو العباس في الشرح أنه يصح من رب المال شراها وهو ظاهر حكاية الشرح عن أبي حنيفة [٧].

وقال في شرح الإبانة والكافي لم يجز هذا إلا أبو العباس [وحده] [٨]، وهو خطأ مخالف للإجماع لأن الاستحسان مع حصول الربح لكون[٩] العامل أحق بالتصرف [١٠].

ولو أراد العامل يشتري من المالك [سلعاً] [١١] بالدراهم التي سلمها إليه فقال في بيان السحامي عن بعضهم أن ذلك جائز [١].

---

1 - في (ب)"بالبيع".
2 - البحر الزخار (١٠ / ٧)و شرح الأزهار - (٣ / ٣٣٧) .
3 - الزيادة من (ب) .
4 - نهاية ورقة ٣٣٧ من (ب).
5 - في (ب) "و " .
6 - الزيادة من (ب) .
7 -الزهور (خ)و شرح الأزهار - (٣ / ٣٣٧) .
8 - الزيادة من (أ).
9 - في (ب) "يكون " .
10 - شرح الإبانة(خ) والكافي (خ)و شرح الأزهار - (٣ / ٣٣٨) .
11 - الزيادة من (ب) .

وكذا في الزوايد للناصر قال: وهو الظاهر من مذهب القاسمية والفريقين والمؤيد استحساناً، ونصره ابن أصفهان وأبو الفضل الناصر [٢].

وقال المؤيد في القياس، وزفر أنه لا يجوز، ومثله ذكر أبو جعفر.

وتأول كلام الناصر على أنه قد ربح فاشترى لنفسه بقدر الربح، وهذه المسألة تشبه شراء المالك سلعة لا ربح فيها من العامل انتهى [٣].

وفيه أيضاً ما لفظه قيل: وذكر المؤيد أن الاستحسان العدول إلى أقوى القياسين [مع الدلالة] [٤]، وقال أبو طالب وأبو عبدالله البصري هو العدول عن الحكم في الحادثة بحكم نظائرها لدلالة تخصها [٥].

قال ض زيد: والأخذ بالاستحسان أولى من الأخذ بالقياس عندنا وأصحاب أبي حنيفة، وعند أصحاب ش الأخذ بالقياس أولى [٦].

قيل: وإنما أوجب الاستحسان الجواز في هذه المسألة لوجهين:

الأول: التشبيه بالعبد المكاتب فإن سيده يشتري منه، والثاني أن أكثر العلماء يجيزون هذا غير زفر، وقد حكى في الكافي وشرح الإبانة أن أبا ط تأول مثل تأول المؤيد انتهى [٧].

وأراد المؤلف عليلم بنحو الشراء الاستئجار فيجوز للمالك استئجار شيء من مال المضاربة من العامل وكذا اتهابه منه بعوض ونحو ذلك .

قوله عليلم: " **وكذا بيعها غالباً** "أي وكذا يجوز للمالك أن يبيع سلع المضاربة من العامل فقط.

وقوله "غالباً " احتراز من أن يأذن العامل للمالك بالبيع من غيره فإنه يجوز، ويحترز أيضاً من أن يكون قد ظهر في المال ربح فإنه لا يجوز بيع المال كله من العامل فأما ما عدا حصته من الربح فيجوز.

---

1 - بيان السحامي(خ).و شرح الأزهار - (٣ / ٣٣٨)
2 -الزوائد للناصر (خ)و شرح الأزهار - (٣ / ٣٣٨) و بداية المجتهد (ج٢/ص١٨٢) .
3 - الزهور (خ)وشرح الأزهار - (٣ / ٣٣٨) .
4 - في (ب) "للدلالة " بدل ما بين المعقوفتين.
5 - الزهور (خ)و القياس للمؤيد بالله (خ).
6 - الجامع في الشرح (خ)و البحر الرائق(ج٣/ص١٥١)و الأم (ج٧/ص٢٩٨).
7 - الكافي(خ) وشرح الإبانة (خ) .

وقوله "غالباً" راجع إلى قوله "وكذا بيعها فقط"، ولذلك فصله ، وإنما عدل [المؤلف عليلم][1]عن عبارة الأزهار[2/] في هذا الموضع للاختصار وليدخل تحت قوله "غالباً" صحة البيع من غير العامل بإذنه .

قوله عليلم :" **وَزِّيَادَةُ الْمَعْلُومَةُ عَلَى مَالِهَا مَا لَمْ يَكُنْ قَدْ زَادَ أَوْ نَقَصَ بعد تصرف** " أي ويجوز للمالك أن يزيد على مال المضاربة زيادة معلومة ما لم تكن قد زاد مالها أو نقص بعد تصرف العامل فيه فإن كان قد زاد أو نقص بعد التصرف لم يجز ذلك، لأنه يؤدي إلى جبر خسر كل واحد من المالين بربح الآخر، وإنما زاد المؤلف [عليلم] [3] قوله "بعد تصرف" إذ لا عبرة بزيادة المال أو نقصه قبل التصرف لأن ما تلف قبل التصرف بطلب المضاربة فيه وما زاد قبل التصرف فهو للمالك يكون من جملة رأس المال.

قوله عليلم: " **كالْإِذْنِ بِاقْتِرَاضِ مَعْلُومٍ لَهَا** " أي كما يجوز للمالك أن يأذن للعامل أن يقترض لمال المضاربة قدراً معلوماً من النقد فيضمه إلى ما دفعه إليه من النقد ليكون الجميع مال مضاربة وسواء عرف المستدان منه أم لا على الأصح خلاف ما ذكره ابن أبي الفوارس، فأما الدين فلا بد أن يكون معلوماً وإلا فسدت المضاربة في قدره سواء علم المستدان منه أم لا، وإنما قال المؤلف عليلم كالإذن بخلاف عبارة الأزهار لأن المراد باقتراض مال يزاد على رأس مال المضاربة فلا بد أن يكون مما تصح فيه المضاربة وهو النقد، ولا بد أيضاً أن يكون رأس مال المضاربة بحالة لم يزد ولا ينقص بعد التصرف، وإلا لم يصح ضم الدين إليه كما تقدم فظهر رجحان جعل هذه المسألة نظير للمسألة الأولى، وليس المراد أن يأذن للعامل باقتراض شيء لا يزاد على [رأس] [4] مال المضاربة بل لحاجة ترجع إلى تصرفه إذ لو كان كذلك لم يحتج إلى إذن مالكه[5] بل يصح من دونه، ويصح أن يقترض من جنس لا يصح فيه المضاربة فظهر أنه لا بد من اشتراط ما تقدم ذكره، وعبارة الأزهار لا تفيد ذلك، ولذلك عدل عن عبارة الأزهار، ومن منع من تقدم العقد على النقد منع من صحة الاقتراض المذكور كما هو مذهب مالك والشافعي وقد تقدم.

قوله عليلم :" **و يَدْخُلُ فِي مَالِهَا مَا اُشْتُرِيَ بَعْدَ عَقْدِهَا بِنِيَّتِهَا أَوْ بِمَالِهَا [وَلَوْ]** [6] **بِلَا نِيَّةٍ**" فكل سلعة اشتراها العامل قبل عقد المضاربة فإنه لا يدخل في مال المضاربة، ولو دفع

---

1 - الزيادة من (أ) .
2 - نهاية ورقة ٣٢٤ من (أ).
3 - الزيادة من (أ) .
4 - الزيادة من (ب) .
5 - في (ب)"المالك".
6 - الزيادة من (أ) .

ثمنها من مال المضاربة فإذا ربح فيها فالربح له وإن خسر فالوضيعة عليه، وما دفعه في ثمنها من مال المضاربة فإذا ربح فيها فالربح له، وإن خسر فالوضيعة عليه وما دفعه في ثمنها من مال المضاربة فهو في ذمته لرب المال وكذلك[1] ما اشتراه بعد عقد المضاربة بغير مالها ولا بنيتها فإنه لا يدخل في مالها أما لو شرى[2] بنية أنه للمضاربة بعد عقدها وأن الذي سلم من غير مالها قرض كان ذلك لها وقضى الثمن من مالها.

وحاصل المسألة أنه إما أن يشتري قبل عقد المضاربة أو بعد ان كان قبل لم يكن لها ولو نواه، وإن كان بعد ففيه أربعة أقسام بنيتها ومالها فلها لا بنيتها، ولا بمالها فله بنيتها لا بمالها فلها الرابع بمالها لا ببينتها فهذا على وجهين:

الأول: أن لا يكون له نية فلها.

الثاني : أن ينويه لنفسه فله وهو غاصب للنقد، وقد دخلت هذه الأقسام كلها تحت عبارة المختصر، وإنما عدل المؤلف [عليلم] [3] عن قوله في الأزهار " وَلَوْ بِلَا نِيَّةٍ "[4] إلى قوله "بلا نية" لأن عبارة الأزهار توهم أن ما اشترى بمالها فلها مطلقاً وليس كذلك.

قوله عليلم " **ولا يرد العامل في نحوي ثمن يشتري لها ومبيع ولا ينقص وإلا لزمه غالباً** " يعني أن العامل إذا اشترى شيئاً[/5] بمال المضاربة بثمن معلوم ثم بعد وقوع البيع زاد للبائع في الثمن أو باع من مالها شيئاً بثمن معلوم ثم نقص للمشتري منه أو زاد له في المبيع، فإن ما ذكر من الزيادة والنقص لا تلحق بمال المضاربة بل يكون على العامل لأنه متبرع.

قال في الشرح: وأراد بنحو الثمن الأجرة، فلا يزيد في أجرة ما أستأجره للمضاربة وكذا لا يزيد في عوض ما أتهبه بعوض أو أهدى له ونحو ذلك، وأراد بنحو المبيع العين المؤجرة فلا يزيد فيما أجره من مال المضاربة، ولا فيما وهبه أو أهداه منه على قدر العوض حسب العرف انتهى [بمعناه] [6] [7].

وقوله "غالباً" احتراز من أن تكون الزيادة والنقص فيما ذكر لمصلحة تعود على المالك نحو أن يكون ذلك على طريق التفادي فإنه يكون من مال المضاربة على الصحيح خلاف

---

1 - في (ب)"وكذا".
2 - في (ب)"اشترى" .
3 - الزيادة من (أ) .
4 - الأزهار - (١ / ١٢٥).
5 - نهاية ورقة ٣٣٨ من (ب).
6 - الزيادة من (ب) .
7 -الجامع في الشرح (خ).

ما يحكي الأستاذ، وكذا ما جرت به العادة، فإن العامل كالمأذون له وذلك نحو أن يشتري من الخيل فإن العادة جارية بزيادة لمن يتعلق بخدمة الفرس ونحو ذلك .

قيل ع: وإذا أدعى العامل أن ذلك لمصلحة المال فعليه البينة لأن الأصل عدم ما يدعيه[1].

قوله عليلم: " **وَلَا يَنْعَزِلُ بِغَبْنٍ مُعْتَادٍ** " أي لا ينعزل العامل عن المضاربة حيث باع أو أشترى بغبن معتاد وهو قدر ما يتغابن الناس بمثله فإن غبن غبناً فاحشاً، فإنه لا يلزم المالك لأن العامل وكيل وإنما ينعزل في تلك الصفقة لا غير وينفذ الغبن في قدر نصيبه من الربح.

قوله عليلم: " **وشراه من يعتق به وفي الضَّمَان تفصيل وخلاف** " يعني وكذا لا ينعزل العامل بأن يشتري بمال المضاربة من يعتق عليه أو على المالك بنفس الشراء بأن يكون رحماً محرماً للعامل[2] أو للمالك.

وقوله "وفي الضمان تفصيل وخلاف" مزيد من المؤلف عليلم، وحاصل الكلام في ذلك أنه إما أن يكون رحماً للعامل أو للمالك إن كان رحماً للعامل فلا يخلو إما أن يكون ثمة ربح أو لا إن كان ثمة ربح، فقد ذكر أبو طالب احتمالات ثلاثة:

أحدها: أن العبد يعتق فإن كان العامل موسراً لزمته قيمة العبد وإن كان معسرا استسعى العبد، وهو الذي صححه القاضي زيد للمذهب [3].

قال في الزهور: ولو حصل الربح بعد الشراء أعتق أيضاً حكى ذلك عن الحنفية [4].

قيل ل: وهو المذهب، ولا يضمن العامل في هذه الصورة موسراً كان أم معسراً بل يسعى العبد لأنه عتقه بعد العقد كعتقه بحكم الله [تعالى] [5] وكذا ذكر في الياقوتة انتهى [6].

الاحتمال الثاني: [أنه لا يعتق لأن العامل] [7] غير مأذون له فيما يتضمن الإتلاف فلا يصح الشراء.

الاحتمال الثالث: أن الشراء يصح ولا يعتق العبد لأن ملك العامل غير مستقر.

---

1 - شرح الأزهار - (٣ / ٣٤١) .
2 - في (ب) "له".
3 - شرح الأزهار - (٣ / ٣٤٢) .
4 - الفتاوى الهندية (ج٤/ص٢٩٣).
5 - الزيادة من (ب) .
6 - الزهور (خ) والياقوتة (خ)و شرح الأزهار - (٣ / ٣٤٢) .
7 - في (ب)"ما بين المعقوفتين كررت مرتين فحذفت إحداهما".

قال أبو طالب: والمسألة مبنية على أن العامل لم يملك حصته من الربح بالظهور، وأما إذا لم يكن ثمة ربح فإنه لا يعتق [١].

قال علي بن العباس بالإجماع [٢].

قال في الغيث: أظنه إجماع أهل البيت [عليهم السلام] [٣] ولم يجعلوه يعتق ولو قد[٤/أ] دخل في ملكه لحظة يسيرة لأنه غير مستقر وأما إذا كان ذا رحم للمالك، فقيل يكون كذلك يعتق العبد ويسعى مع إعسار العامل، ويضمن العامل حيث هو موسر كما ذكر ابن أبي الفوارس في الوكيل كما سيأتي .

قيل ح: الأولى أن لا يصح الشراء هنا لأنه مأمورٌ بما يحصل معه الربح وهذا يتضمن الإتلاف بخلاف الوكيل فهو مأمور بمجرد الشراء و[قد] [٥] ذكر في زوائد الإبانة في هذه المسألة ثلاثة أقوال:

الأول: لأبي جعفر أنه إن شراه إلى ذمته لزمه دون رب المال وإن شراه بعين المال لم يصح.

الثاني: لصاحب المرشد أن البيع ينعقد ويضمن مع العلم لا مع الجهل.

الثالث: ذكره القاضي زيد للقاسمية أنه يعتق ويضمن العامل مع اليسار لا مع الإعسار.

قال في الغيث قلت فيستسعى العبد [٦].

قوله عليلم:" **ومن يَنْفَسِخُ نِكَاحُهُ** " يعني ولا ينعزل العامل بأن يشتري زوجة المالك أو زوج المالكة فينفسخ نكاحهما بذلك ذكره أبو طالب للمذهب، وهو قول ح وأحد قولي ش، وعلى قوله الآخر لا يصح الشراء [٧].

قال في الزهور: حجتنا أن الإذن اقتضى ما يؤدي إلى الربح، وهو حاصل، لأنه لا يتلف بذلك شيء من مال المضاربة، ولو تلف نصف مهر الزوجة قبل الدخول انتهى [٨].

---

1 -الغيث المدرار ج٣(خ) .
2 - الغيث المدرار ج٣(خ) .
3 - الزيادة من (أ) .
4 - نهاية ورقة ٣٢٥ من (أ).
5 - الزيادة من (أ) .
6 - الغيث المدرار ج٣(خ) .
7 - المرجع السابق و روضة الطالبين (ج٥/ص١٢٩) .
8 - الزهور (خ).

وأما حيث اشترى العامل زوجة نفسه فحيث[1] يكون ثمة ربح ينفسخ نكاحه خلاف المؤيد وحيث لا ربح فقيل لعله يأتي الخلاف الذي مر في شراء من يعتق عليه والله أعلم.

فائـــــدةٌ: قيل إذا كان في مال المضاربة أمة فمع حصول الربح لا يحل وطؤها، فإن فعل فلا حد عليه للشبهة، وإن لم يكن ثمة ربح جاز للمالك وطؤها إذ هي ملكه، ولا يجوز للعامل فإن وطئها فقيل س لا حد عليه أيضاً، وقيل يحد مع العلم بالتحريم لا مع الجهل [2].

قوله عليلم: " **ولا بمُخَالَفَته فِي الْحِفْظِ** " أي ولا ينعزل العامل بمخالفته في الحفظ نحو أن يسافر بالمال وقد نهاه المالك عن ذلك أو ببيع بنسيئة غير معتادة أو بعد أن نهاه عنها أو نحو ذلك .

قوله عليلم:" **وفي غيره يفسد** " يعني وأما المخالفة في غير الحفظ وهو ما يتعلق بالضمان نحو أن يتجر في بضاعة قد قصره عنها فإنه ينعزل في تلك الصفة، وتكون موقوفة على إجازة المالك فإن أجازها وحصل فيها ربح كان الربح له، وللعامل أجرته وهي الأقل من المسمى، وأجرة المثل على ظاهر المذهب لأنه عمل للعوض لا تبرعاً، وقيل لا شيء له إذ هو متبرع حينئذ.[3] لنا ما تقدم.

وإن لم يحصل ربح فلا أجرة للعامل لئلا يكون حاله مع المخالفة، وهذا إذا كان العامل أضاف إلى المالك باللفظ أو بالنية، وإن لم يضف كان المشتري له ويتصدق بالربح كالغاصب إذا [كان] [4] اشترى بعين [مال] [5] المضاربة،[6] وعلى قول المؤيد والمنتخب لا يجب عليه أن يتصدق بالربح، وإن[7] كان اشترى المبيع على ذمته ثم دفع الثمن من مالها لم يلزمه أن يتصدق بالربح خلافاً لأبي جعفر [8].

فـــــرعٌ: وإذا لم يجز المالك فإن [كان] [9] أضاف[10] إليه باللفظ بطل الشراء ورجع المبيع لبائعه، وإن أضاف إليه بالنية فإن صادقه البائع على ذلك رجع المبيع له أيضاً، وإن

---

1 - في (ب)"بحيث" .
2 -البيان لابن مظفر (٢١٩/٣) .
3 - شرح الأزهار - (٣ / ٣٤٤)بنحوه .
4 - الزيادة من (ب) .
5 - الزيادة من (أ) .
6 -شرح الأزهار - (٣ / ٣٣١) .
7 - في (ب)"إذا".
8 - البيان لابن مظفر (٢٠٢/٣) .
9 - الزيادة من (أ) .
10 - نهاية ورقة ٣٣٩ من (ب).

لم يصادقه بقي المبيع للعامل في الظاهر لا في الباطن فهو لبايعه لكن قد أباحه له يفعل فيه ما شاء .

وقيل ع ح: بل يملكه ظاهراً وباطناً وفي الربح ما تقدم.

قيل ع: وإذا لم يجز رب المال فهما على المضاربة ما لم يسلم العامل المال إلى البائع فإن سلمه ثم استرده جاء الخلاف الذي في الوديعة، هل يعود يده يد أمانة فيعود مضارباً أو لا يعود مضارباً [١] ؟

قوله عليلم:" **ويضمن الناقص فيهما** "أي يضمن العامل ما فات من المال بسبب المخالفة في المسألتين وهما مسألة المخالفة في الحفظ ومسألة المخالفة في غيره لأنه يصير متعدياً كالغاصب.

قوله عليلم: " **لا لِلْخُسْرِ ككل فساد** " قال في الشرح ما معناه: لا حيث كان النقصان لأجل الخسر فلا يضمنه العامل لأنه أمر غالب وذلك ككل فساد [و] [٢] سواء كان أصلياً أم طارئاً فيلزم الضمان إلا من الغالب انتهى [٣].

ولعل هذا حيث كانت المخالفة في الحفظ، وأما حيث كانت المخالفة في التجارة فقد تقدم تفصيل الكلام في ذلك والله أعلم.

قال في الشرح: وإنما حذف المؤلف عليلم قوله في الأزهار "إنْ سَلِمَ " [٤]إذ قد دخل معناه في معنى قوله "ويضمن الناقص فيهما" ولأن عبارة الأزهار توهم أنه إذا تلف شيء من المال بطلت المضاربة إذ قد عدم البطلان بسلامة المال، وليس كذلك مع المخالفة في الحفظ فيوجب[٥] الضمان كما ذكره المؤلف عليلم [٦].

قوله عليلم :" **ولا بإِعَانَةُ الْمَالِكِ [له]** [٧] " أي ولا ينعزل العامل بإعانة المالك له في عمل التجارة من بيع وشراء ونحوهما كما ذكر ذلك السادة.

قال في التفريعات: وإذا قبض المالك شيئاً على صفة رأس المال بطلت المضاربة فيه وكذا عن الحنفية [٨].

---

1 - **البيان لابن مظفر (٢٠٣/٣).وشرح الأزهار - (٣ / ٣٣١) .**
2 - **الزيادة من (أ) .**
3 - **الجامع في الشرح (خ).**
4 - **الأزهار - (١ / ١٢٥).**
5 - **في (ب)"بل يوجب" .**
6 - **الجامع في الشرح (خ).**
7 - **الزيادة من (أ) .**
8 - **التفريعات(خ). و شرح الأزهار - (٣ / ٣٤٣).و البحر الرائق (ج٧/ص٢٦٨).**

قوله عليلم: " **ولا يعزل وَالْمَالُ يَجُوزُ الرِّبْحُ فِيهِ** " أي ولا ينعزل أيضاً بعزل المالك مع تجويز [حصول] [١] الربح ذكر ذلك أبو العباس، فإذا أراد المالك عزل العامل فإنه ينظر في مال المضاربة في تلك الحال وإن[٢] كان فيه ربح متقن أو كان لا ربح فيه قطعاً كان له عزله في الحالين، وأما مع تجويز حصول الربح فليس له أن يعزله، وليس للمالك أن يحمله على بيع العروض ونحوها فوراً بل يمهل حتى يأتي يوم السوق، أو حتى تأتي القافلة حسب المعتاد، وقال المنصور: أربعين يوماً،[٣] وعن المؤيد أسبوعين [٤].

قال في الشرح: ولا يحتاج إلى قوله "والمال عرض" بل حذفه أولى لأنه قد يكون غير عرض، ولا يكون له عزله كأن يكون نقداً من غير جنس رأس المال، أو على غير صفته فإنه لا يكون له عزله مع تجويز الربح فيه فعرفت أنه لا فرق بين العرض وغيره، ولا يقال فإن حذف ذلك يوهم أنه لا يعزله ولو كان المال من جنس مال المضاربة وصفته، لأنه يقال إذا كان كذلك فهؤلاء يجوز[٥] الربح بل إما مقطوع بحصوله أو مقطوع بعدمه وفي الأول لا يمتنع العزل لأن الربح متميز وفي الثاني كذلك إذ لا حق للعامل فيه لعدم الربح انتهى [٦].

1 - في (ب)"مابين المعقوفتين كررت مرتين فحذفت إحداهما".
2 - في (ب)"فإن".
3 -شرح الأزهار - (٣ / ٣٤٣)و البحر الزخار - (١٠ / ٢٧).
4 - الغيث المدرار ج٣(خ) .
5 - في (ب)"تجويز" .
6 -الجامع في الشرح (خ) .

"فَصْـــــــلٌ "

[أحكام المضاربة الفاسدة]

وَفَسَادُهَا الْأَصْلِيُّ يُوجِبُ أُجْرَةَ[1] **الْمِثْلِ** " هذا الفصل في أحكام المضاربة الفاسدة وفسادها على ضربين أصلي وطارئ، أما الأصلي وهو الحاصل حال العقد نحو أن يشرط رب المال أو العامل لنفسه قدراً من الربح يمتاز به أو نحو ذلك من وجوه الفساد التي تقدمت، فإن ذلك يوجب للعامل أجرة مثله على مثل عمله وسواء حصل ربح أم لم يحصل، والربح لرب المال والخسر عليه هذا هو المذهب،[٢] وأما الفساد الطارئ فقد بين [المؤلف حكمه] [٣] [عليلم] [٤] بقوله " **هب والطَّارِئُ الْأَقَلَّ حيث ربح وأجازه** " فإن كان الفساد طارئاً وذلك نحو أن يتجر العامل في غير الجنس الذي غينه له المالك فإنه يستحق بعد المخالفة الأقل من المسمى له من الربح ومن أجرة المثل [و] [٥] أما قبل المخالفة فيستحق ما سمي له من الربح لأنها صحيحة قبل المخالفة، وإنما يستحق الأقل بعد المخالفة حيث كان في المال ربح وحصلت إجازة من المالك، وكذا لو لم تحصل إجازة لكن في ذلك ما تقدم من التفصيل في الفصل الذي قبل هذا.

قال في الشرح: وإنما استضعف المؤلف عليلم قول أهل المذهب بهذا التفصيل في هذه المسألة لأن القياس لا يستحق شيئاً من الأجرة سواء أجاز المضارب [أم لا] [٦] وسواء ربح أم [لا] [٧] لأنه لم يفعل شيئاً كما وقع عليه عقد المضاربة وإنما فعل [فعلاً] [٨] آخر وهو فضولي، وليس هذا كالمخالفة في الإجارة كما مر بل كالمخالفة في الوكالة إذ شائبة الوكالة و[٩] المضاربة أقوى من شائبة الإجارة إلى آخر ما ذكره [عليلم] [١٠] [١١].

قال في الغيث: وفي المسألة اطلاقان وتفصيل الإطلاق الأول لأبي يوسف أنه لا أجرة للعامل في الفاسدة سواء كان أصليا أم طارئاً إذا لم يكن ثمة ربح .

---

1 - نهاية ورقة ٣٣٦ من (أ).

2 - شرح الأزهار - (٣ / ٣٤٤).

3 - في (ب)" حكمه المؤلف " بدل مابين المعقوفتين.

4 - الزيادة من (ب).

5 - الزيادة من (ب).

6 - الزيادة من (ب).

7 - الزيادة من (أ).

8 - الزيادة من (أ).

9 - في (ب)"في".

10 - الزيادة من (أ).

11 -الجامع في الشرح (خ).

الثاني: قول محمد والشافعي أنه يستحق أجرة المثل فيهما [١].

الثالث: المذهب وهو التفصيل الذي ذكرناه انتهى[٢].

وإنما حذف قوله في الأزهار "ويُوجِبَانِ الضَّمَانَ إلَّا لِلْخُسْرِ"[٣] لدخول معنى ذلك فيما تقدم.

1 - الوسيط (ج٤/ص٢١٢).و الحاوي الكبير (ج٧/ص٣١٥)و تبيين الحقائق (ج٥/ص٥٣). و درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر - دار الكتب العلمية - لبنان / بيروت، تحقيق: تعريب: المحامي فهمي الحسيني(ج٣/ص٥٠٠) .

2 -الغيث المدرار ج٣(خ) .

3 - الأزهار - (١ / ١٢٥) .

"**فَصْـــــلٌ**"

وَتَبْطُلُ وَنَحْوُهَا بنحو بِمَوْتِ الْمَالِكِ" أراد بنحو المضاربة الوكالة، والإبداع، والإعارة، والشركة، وأراد بنحو موت المالك جنونه وكذا ردته مع اللحوق بدار الحرب، فإذا مات المالك أو جن أو أرتد بطلت جميع هذه الأمور لأنها جائزة من جهة المالك غير لازمة [له][1] بدليل أن له أن يعزل العامل والوكيل وينقص العارية ويسترد الوديعة فتبطل هذه الأمور بموته لانتقال الملك إلى وارثه، وكذا تبطل بجنونه لبطلان إذنه بذلك ولا يعرف في ذلك خلاف .

قوله عليلم :" **فيجب الرد وإلا فغاصب غالباً** " أي فيجب على العامل بعد موت المالك أو نحوه أن يرد مال المضاربة فوراً إلى ورثة المالك إذا كانوا حاضرين مكلفين أو إلى الوصي، أو الحاكم حيث لا ربح [في المال] [2] لأنه قد انعزل ولم يبق له حق في [3/] المال فإن لم يرد مع إمكان صار عاصياً إذ ليس بمأذون [في الإمساك] [4] فيضمن فإن لم يكن للمالك وصي، وكان الورثة غائبين أو غير مكلفين جاز له الإمساك بإذن الحاكم إن كان ولا يلزمه بيع العروض التي لا ربح فيها إذ قد ملكها الوارث، وبطلت ولاية العامل ذكر معنى ذلك أبو العباس.

قال في الغيث: وهل له أن يأخذ السلع بالأولوية ؟

ينظر الأقرب أنه لا يأخذ بالأولوية لأنه في التحقيق وكيل مفوض والوكيل ليس له ذلك انتهى [5].

وقوله "غالباً" قال في الشرح: احتراز من أن لا يتمكن من الرد فإنه لا يسمى غاصباً فلا يثبت له حكم الغاصب فلا يضمن بخلاف الغاصب فإنه إذا لم يتمكن من الرد فحكم الغصب باق فيضمن إذ الغاصب ضامن وإن لم يتمكن [من] [6] الرد وهذه زيادة من المؤلف [عليلم][7] انتهى [8].

---

1 - الزيادة من (ب).
2 - الزيادة من (ب).
3 - نهاية ورقة ٣٤٠ من (ب).
4 - في (ب)"بالإمساك"بدل مابين المعقوفتين.
5 -الغيث المدرار ج٣(خ) .
6 - سقط من (أ).
7 - الزيادة من (أ).
8 - الجامع في الشرح (خ).

قوله عليلم: " **إلا ما جوز فيه الربح فيبيعه بِوِلَايَةٍ** " يعني إلا ما جوز حصول الربح فيه فإنه لا يجب عليه أن يرده فوراً سواء كان عرضاً أو نقداً من غير جنس رأس المال كما تقدم، بل يبيعه بولاية من الورثة أو الوصي أو الحاكم حسب الحال فإن كان الوارث غائباً أو غير مكلف ولا وصي ولا حاكم فلعل الصلاحية كافية على أصل المذهب، وقال أبو العباس إذا كان في العروض ربح لم يحتج إلى إذن ولا حاكم (١).

قيل ل: والصحيح أنه يحتاج إلى الولاية كما ذكره ابن أبي الفوارس وهو المبني عليه في الأثمار، وأصله وقال السيد ح في الياقوتة الصحيح كلام أبي العباس (٢).

قال في الغيث: وإذا طلب أن يبيعه كان الورثة أولى به يعني بالقيمة أو بما دفع فيه إن زاد على القيمة إذا طلبوا يأخذونه ويسلمون حصته من الربح كالوارث إذا بيعت التركة للدين انتهى(٣).

قال في البحر: فَإِنْ امْتَنَعَ الْوَارِثُ يعني من الإذن للعامل بالبيع مَعَ تَجْوِيزِ الرِّبْحِ أُجْبِرَ ، إذْ لَا يَظْهَرُ الرِّبْحُ إلَّا بِهِ انتهى (٤).

قال في الشرح: وإنما عدل عن عبارة الأزهار لأن عبارة الأثمار تفيد العموم إذ لا فرق بين العرض وغيره كما تقدم (٥).

قوله عليلم: " **ولَا يَلْزَمُهُ تعْجِيل مخل عادةً** " أي ولا يلزم العامل تعجيل بيع العروض التي يجوز فيها الربح بل يمهل حسب العادة وذلك يختلف باختلاف السلعة والوقت والمكان وقد تقدم ما قيل في قدره مدة الإمهال والصواب ما ذكره المؤلف عليلم من اعتبار العادة فإن كان التعجيل غير مخل بالربح لم يجب الإمهال كما نبه(٦) [عليه] (٧) [المؤلف] (٨) عليلم وهو من فوائده(٩) .

---

1 - شرح الأزهار - (٣ / ٣٤٦) .
2 -المرجع السابق.
3 - الغيث المدرار ج٣(خ) .
4 - البحر الزخار (١٠ / ٢٦) .
5 -الجامع في الشرح (خ).
6 - في (ب) "بينه".
7 - الزيادة من (أ).
8 - الزيادة من (ب).
9 - في (ب)"زوايده".

قال في الغيث: أما لو كان بعض البضاعة ترخص في وقت وتغلوا[١] في وقت والوقتان معروفان فاشتراها في وقت [رخصها] [٢] لينظر بها وقت الغلاء ثم مات المالك، هل يجب على الورثة إمهاله إلى وقت الغلاء ؟

ينظر في ذلك الأقرب أن له ذلك مع تضيق الوقت.

تنبيــهٌ: قال في الانتصار: فإن قال الوارث قد أقررتك على المضاربة لم تصح المضاربة بهذا بل لا بد من تجديدها لأنها قد انفسخت بالموت انتهى [٣].

قوله عليلم :" **وبنحو مَوْتِ الْعَامِلِ ونحوه** " أراد بنحو الموت الجنون والردة مع اللحوق كما تقدم، وأراد بنحو العامل الوديع والوكيل والمستعير والشريك فتبطل المضاربة ونحوها بنحو موت العامل، واعتبر المؤلف عليلم اللحوق مع الردة في المالك والعامل خلاف ما ذكره ابن مظفر من الفرق بينهما في اعتبار ذلك فاعتبروه في المالك لا العامل[٤]، والصواب ما ذكره المؤلف عليلم.

قوله عليلم: " **و لوَارِثِهِ ماله ويفصل فيما عليه**" أي ويثبت لوارث العامل بعد موته مثل ما ثبت للعامل لو مات المالك ويفصل الكلام فيما يجب على وارث العامل.

قال أبو العباس:" فإن مات المضارب وقد عزل[/٥] مال المضاربة من ماله، فليس لصاحب المال أن يحمل الورثة على بيع العروض لأن المضاربة قد انفسخت.

قال في الغيث: قلنا والحكم فيه ما تقدم في جميع ما مر إذا كان قد عينه قبل موته فيلزم رد النقد والعرض الذي تيقن عدم الربح فيه فوراً وإلا ضمن كما تقدم، ذكر معنى ذلك القاضيان زيد وأبو مضر.

قيل ح: هذا ضعيف، والصحيح أنه لا يجب إلا النخلية وقال في هذه المسألة ونحوها إذا كانوا قد نقلوا وكلام[٦] القاضيين صحيح، وهذه الصورة مثل كلام الهادي عليلم في مسألة الشجرة إذا تساقطت ثمارها إلا إذا رأى إنسان أنه يجب عليه التسليم وقد ذكر المؤيد أن من وضع على عنقه شيء ولم ينقله حتى نقل عنه فإنه لا شيء عليه انتهى [٧].

---

1 - في (ب)"وتغلي".
2 - سقط من (ب).
3 - الغيث المدرار ج٣(خ) والانتصار على علماء الأمصار ج٦ (خ) .
4 -البيان لابن مظفر (٢١٠/٣) .
5 - نهاية ورقة ٣٢٧ من (أ).
6 - في (ب)"فكلام".
7 -الغيث المدرار ج٣(خ) .

وعلى القول بوجوب الرد فإنما يضمن وارث العامل حيث تراخى والوارث مكلف حاضرا وليس كذلك وأمسك المال من دون إذن الوصي أو الحاكم مع وجودهما وإلا لم يضمن، وهذا حيث لا ربح، وأما مع وجود الربح فلا يجب الرد على وارث العامل بل يبيع السلع بولاته من الوارث أو الوصي أو الحاكم كما تقدم، وإذا عين العامل مال المضاربة ولم يوجد ذلك المعين أو أقر [به] [1] قبل موته بحيث لا يمضي بعد إقراره وقت يمكن فيه رده أو أتلفه كان حكمه حكم الدين، وكذا حيث أقر به على سبيل الجملة نحو أن يقول معي لفلان مال مضاربة ولا يذكر جنسه ولا عيبه فيكون رب المال أسوة الغرماء [في ذلك] [2]، وكذا إن كان الإقرار من الورثة على هذه الصفة[3] فهذا حكمه.

قيل ل: وظاهر كلام أهل المذهب أن إقرار الورثة يصح، ولو كان على الميت دين مستغرق، وقال ابن معرف والفقيه ح: لا يصح إقرار الورثة إلا إذا كان لا يضر أهل الدين[4].

قال في الغيث: قال أصحابنا إنما يصير ديناً في هذه الحال لأنه إذا لم يبينه مع إمكانه صار مضيعاً بمنزلة من جعله في غير حرز فوجب أن يضمنه، ومتى ضمنه صار ديناً عليه وهذه المسألة فيها ثلاثة أقوال :

الأولى: أنه أسوة الغرماء وهذا نص الهادي عليلم في الأحكام وهو قول ح ومروي عن علي عليلم.

قال في شرح الإبانة: وهو قول عامة أهل البيت عليهم السلام إلا القاسم [5].

ووجهه ما ذكرنا من أن ترك التعيين جناية مع العلم وتفريط مع النسيان.

الثاني: للقاسم عليلم أن الغرماء دينهم مقدم على مال المضاربة لأنه مضمون من الأصل لا مال المضاربة .

القول الثالث: للشافعي وابن أبي ليلى ومالك أنه لا شيء في ماله لمال المضاربة انتهى[6].

---

1 - الزيادة من (أ).
2 - في (ب)"وتغلي".
3 - في (ب)"الصورة".
4 - شرح الأزهار - (٣ / ٣٤٧) .
5 - شرح الإبانة(خ) .
6 - الغيث المدرار ج٣(خ) والمهذب (ج١/ص٣٨٨).

وأما [1/]حيث أغفلها الميت فلم يذكرها بنفي ولا إثبات وكانت قد ثبت عليه بالبينة أو بإقرار الورثة لكن لم يقروا ببقائها فإنه يحكم بأنها قد تلفت عنده أو قد ردها حملاً له على السلامة وأنه ما سكت إلا وقد ردها أو تلفت عنده كما تقدم آنفاً، هذا قول ط وأبي العباس.

وقال المؤيد: بل الأصل بقاؤها في يده، وحكاه في شرح الإبانة عن عامة أهل البيت عليهم السلام، قال لأنه يترك البيان جانٍ مع العلم مفرط مع النسيان، والظاهر البقاء [٢].

وهكذا الخلاف في الوديعة والعارية والمؤجرة وكل أمانة.

وقال المنصور بالله في المهذب في المضاربة بقول المؤيد، وفي الوديعة بقول أبي طالب[٣].

قيل: لأنه يفرق بين ما يجوز التصرف فيه وبين ما لا يجوز.

فائـــــدةٌ: قال في الزهور:" فلو أراد صاحب المال أن يحتاط أشهد العامل أنه إن مات ولم يدع رداً ولا تلفاً أن قول المالك مصدق في بقاء ماله فيكون هذا وصية عند ط، وأما عند م بالله فهو لازم من غير هذا، وإن أراد زيادة في الاحتياط أشهد العامل أنه إن كان في معلوم الله سبحانه [وتعالى] [٤] أنها لا تحصل منه[٥] بدعواه للرد أو التلف أنه قد ألزم نفسه ونذر على المالك بمثل ما يدعي أنه لم يصل إليه من مال المضاربة ثم يقول المالك للعامل قد أبرأتك مما التزمت إن كان في معلوم الله [سبحانه] [٦] أني أدعي دعوى أعلمها كاذبةً انتهى [٧].

قوله عليلم:" **والقول للوارث في نفيها وفي تَلَفَهَا مَعَهُ**" فإذا مات العامل، وأنكر وارثه أصل المضاربة أو أنكر بقاء مالها فإن القول له في نفيها وفي أن المال تلف معه قبل أن يتمكن من رده هذا على قول القاضيين بأنه يجب عليه الرد فوراً، وأما على قول الفقيهين [ح ع] [٨] أنه لا يجب عليه إلا التخلية فلا يحتاج إلى قوله قبل أن يتمكن من رده وإنما كان القول للوارث في هذه الصورة لأنه بمصير التركة إلى يده صار المدعى في حكم الأمانة معه وإن ادعى الوارث أنه قد رد المال بعد موت مورثه فعلى قول الفقيهين ح ع يقبل

---

1 - نهاية ورقة ٣٤١ من (ب).
2 - شرح الأزهار - (٣ / ٣٤٧).
3 - المهذب في فتاوى الإمام المنصور بالله. - (١ / ٢٦١) .
4 - الزيادة من (أ).
5 - في (ب)"بينة".
6 - الزيادة من (ب).
7 -الزهور (خ).
8 - في (ب)"ع ح".

قوله، وأما على قول القاضيين بأنه يلزمه الرد فيأتي الخلاف الذي في المستعير والمستأجر إذا أدعيا الرد هل يقبل قوله أو تبين وهكذا في كل أمانة بعد موت من هي في يده .

قوله عليلم:" **ولَا مَعَ الْمَيِّتِ أَوْ كَوْنُهُ ادَّعَاهُ** " فإن ادعى وارث العامل أن مال المضاربة تلف مع مورثه أو إن مورثه كان ادعى تلف المال معه فإنه لا يكون القول له في ذلك بل يكون عليه البينة بما أدعاه والقول للمالك في البقاء، وإنما لم يكن القول للوارث هنا لأن المدعي لم يصر في يده فلا يكون أميناً .

تنبيـــــهٌ: وحيث يدعي وارث العامل أن مورثه قد كان ادعى رد المال أو تلفه المال تحت يده وحلف على ذلك فعلى الوارث البينة بذلك، فإن لم يكن حلف على دعواه حلف الوارث ما يعلم بقاء المال ولا أنه تلف بجناية من مورثه ولا تفريط، فإن لم يبين الوارث حلف المالك على بقائه مع العامل، وإن رد اليمين على الورثة حلفوا أنه قد كان تلف مع مورثهم أو رده، أو أنه قد كان ادعى تلفه أو رده وحلف على ذلك فإن أنكر المالك تحليفه للعامل حلف ما قد كان حلفه فإن لم يحلف المالك بل رد عليهم اليمين حلفوا أن مورثهم قد كان حلف على ما ادعاه ذكر معنى ذلك في التذكرة وغيرها [١] .

قوله عليلم:" **ولِلْمَالِكِ فِي كَيْفِيَّةِ الرِّبْحِ لا نَفْيُهُ [غالباً]** [٢] " فإذا أختلف المالك والعامل في كيفية قسمة الربح فقال العامل شرطت لي نصف [من] [٣] الربح، وقال المالك[/٤] بل ثلثه أو ربعه أو نحو ذلك فإن القول للمالك في ذلك لأن الربح بما ملكه فكأنه في يده فلذلك كان القول له، وعلى العامل البينة بما ادعاه وأما حيث اختلفا في حصول الربح أو في قدره فادعى[٥] العامل أن في المال ربحاً أو إن الربح مائة مثلاً، وأنكر المالك ذلك فإن القول للعامل كما أن القول في قدر رأس المال كما سيأتي.

وقوله: "غالباً" احتراز من أن يقول العامل هذا مال المضاربة وفيه ربح كذا درهم، فإن القول في هذه الصورة للمالك لأن العامل لما قال هذا مال المضاربة كان ذلك إقرار منه بأن المال كله للمضاربة.

وقوله "بعد ذلك" وفيه ربح رجوع عن الإقرار، فلا يصح إن لم يصادقه المالك ذكر معنى ذلك في التذكرة [٦].

---

1 - التذكرة الفاخرة (ص٤٣١).
2 - الزيادة من (أ).
3 - الزيادة من (أ).
4 - نهاية ورقة ٣٢٨ من (أ).
5 - في (ب)"فادعاه".
6 - التذكرة الفاخرة (ص٤٢٩).

وكذا إن قال هذا مال المضاربة وفيه وديعة كذا أو وعلي فيه دين كذا، وعن التفريعات أنه إن وصل ذلك بقوله هذا مال المضاربة قُبِل قوله مع يمينه وإن فصله لم يُقبل قوله إلا في الدين فيقبل مطلقاً مع يمينه [١].

تنبيـــــهٌ: فإن ادعى كل واحد منهما أنهما شرطا له ثلثي الربح فكل منهما مدعٍ فمن بين منهما دون الآخر حكم له وإن بيّنا معاً أو حلفا أو نكلا فسدت المضاربة، وكان الربح للمالك وللعامل أجرة مثله، قيل ذكره في التمهيد [٢].

فإن قال المالك لم أشرط لك شيئاً من الربح فعن التفريعات القول للمالك لأن الأصل عدم الشرط.

قيل: وفيه نظر لأن المدعي لعدم الشرط يدعي فساد المضاربة فيكون عليه البينة [٣].

قوله عليلم:" **ولِلْعَامِلِ فِي رَدِّ الْمَالِ وَتَلَفِه وخسره فِي الصَّحِيحَةِ [فَقَطْ]**[٤]" فإذا قال العامل للمالك قد رددت المال إليك أو قد تلف كله أو بعضه أو قد خسرت فيه كذا فإنه يقبل قوله مع يمينه في ذلك كله حيث لم يصادقه المالك إذ هو أمين، وهذا في المضاربة الصحيحة فقط، ولا فرق بين أن يكون ذلك قبل العزل[٥] أم بعده وأما إذا كانت المضاربة فاسدة فالقول للمالك في عدم الرد وعدم التلف، وكذا في عدم الخسر على ما اختاره [المؤلف] [٦] عليلم وذلك لأن العامل في المضاربة الفاسدة ضامن إذ هو أجير مشترك كما تقدم، فهو يدعي سقوط الضمان على نفسه والأصل بقاؤه.

قال في الشرح: وإنما جعل المؤلف عليلم حكم الخسر حكم التلف والرد في تقييده بالصحيحة لأنه الموافق لما في التذكرة وشروحها وسائر [/٧] الكتب، وذلك لأن العامل في المضاربة الفاسدة كالأجير المشترك وقد تقدم أن الأجير المشترك لا يقبل قوله في التلف والنقص، بل يبين ويحلف المالك ولم يذكر أن حكم الاختلاف في الخسر حكم الاختلاف في القدر في كونه يقبل قوله [فيه] [٨] في الصحيحة وغيرها إلا الإمام المهدي عليلم في الأزهار [والغيث والبحر] [٩]،

---

1 - **التفريعات (خ).**
2 - **البيان لابن مظفر (٢٣١/٣) .**
3 - **التفريعات (خ).**
4 - **سقط من (أ).**
5 - **في (ب)"العزم".**
6 - **الزيادة من (ب).**
7 - **نهاية ورقة ٣٤٢ من (ب).**
8 - **الزيادة من (ب).**
9 - **في (ب)" والبحر والغيث " بدل مابين المعقوفتين.**

ووجهه أن الأصل براءة الذمة وذلك غير مستقيم لما مر انتهى [١].

قلت: والذي ذكره المهدي عليلم في الغيث في توجيه ذلك أن الاختلاف في الخسر في التحقيق يعود إلى الاختلاف في القدر لأن العامل يقول هذا مالك كله لكنه قد رخص سعره والمالك يدعي أنه ليس بماله كله فهو يدعي الزيادة، ولذلك جعل القول للعامل في الخسر كما في القدر والربح سواء كانت المضاربة صحيحة أم فاسدة بخلاف الرد والتلف فيشرط أن تكون صحيحة كما تقدم .

قوله عليلم:" **وفِي قَدْرِهِ**" أي والقول أيضاً للعامل في قدر رأس المال وسواء كانت المضاربة صحيحة أم فاسدة لأن المالك يدعي الزيادة والأصل عدمها وكذا يكون القول له في الربح إذ هو راجع إلى الاختلاف في قدر رأس المال، وإنما لم يذكره المؤلف[عليلم] [٢] لدخوله تحت قوله "فيما تقدم لا نفيه غالباً" وكذلك لم يذكر الخسر هنا كما ذكره في الأزهار لاختياره أن القول فيه للمالك كما تقدم .

قوله عليلم:" **وفي أن الربح مِنْ بَعْدِ الْعَزْلِ**" فإذا قال العامل للمالك هذا الربح حصل بعد أن عزلتني فأنا أستحقه دونك، وقال المالك بل من قبل العزل فهو بيننا فإن القول هنا للعامل والبينة على المالك أنه لا وقت أولى من وقت فيحكم بأقرب وقت ذكر معنى ذلك الفقيه س[٣].

وقال في التفريعات: بل القول قول المالك لأن[٤] الربح يتبع رأس المال [٥].

قلنا: هذا لا يكفي هنا لأنهما قد تصادقا على وقوع العزل واختلفا في التصرف هل وقع قبله أو بعده؟

والأصل عدم وقوعه فيحكم بأقرب وقت وهذا محتمل، هكذا في الغيث [٦].

قوله عليلم: " **وَفِي نَفْيِ الْقَبْضِ والقصر مُطْلَقًا** "فإذا أنكر العامل قبض رأس المال، أو أنكر قصر المالك له عن بعض الأشياء مع دعوى المالك للقبض والقصر فإن القول للعامل في نفيهما لأن الأصل عدم وقوعهما، وسواء كانت المضاربة صحيحة أم فاسدة كما أشار إليه المؤلف عليلم بقوله "مطلقاً" .

---

1 - الجامع في الشرح (خ).
2 - الزيادة من (أ).
3 -الغيث المدرار ج٣(خ) .
4 - في (ب)"أن".
5 - التفريعات (خ).
6 - الغيث المدرار ج٣(خ) .

قوله عليلم:" **ولنا في القراض** "أي والقول لنا في القراض منهما سواء كان هو المالك أم العامل.

قال في الشرح: وسواء ادعى النافي كون المال وديعة أم قرضاً أم غصباً وأنكر فقط، فإن القول قوله مع يمينه، وذلك نحو أن يدعي العامل على المالك أن المال معه قراض فيقول [المالك] (١) بل هو معك وديعة أو قرض أو غصب أو ينكر دعواه للقراض فقط فإن القول قول المالك مع يمينه والعكس، هو أن يدعي المالك على العامل أن المال معه قراض فيقول العامل بل وديعة، أو قرض أو غصب، أو ينكر دعواه القراض فقط، فإن القول قول العامل مع يمينه انتهى (٢).

وإنما عدل المؤلف عليلم عن عبارة الأزهار في هذا الموضع للاختصار، أو قد تناولت عبارته جميع ما قصده المهدي عليلم وسلمت من الإيهام الذي في قوله في الأزهار، وفي أن المال قرض أو غصب لا قراض إذ فيه احتمالان حيث يقول العامل للمالك المال معي قرض أو غصب فلا شيء لك في الربح ويقول المالك بل هو قراض فهذا يحتمل أن يكون القول قول المالك، ويحتمل أن يكون القول قول العامل.

قال في الغيث: قلت وهذا أقوى عندي، قال وهو الذي اخترناه يعني في الأزهار (٣).

قال في الشرح: وصححه المؤلف عليلم قال وأما دعوى احدهما أن المال وديعة والآخر أنه قرض أو غصب فليس هذا موضع ذكره انتهى (٤).

وفي الغيث ما لفظه: "والقول لمدعي المال وديعة منهما فإذا ادعى[/٥] العامل أن المال وديعة [معه] (٦) لا قرض ولا قراض كان القول قوله وكذا لو ادعى المالك ذلك كان القول قوله لأن الظاهر أن لا قرض ولا قراض ولا غصب انتهى (٧).

فائـــــدة: يتفرع على كون القول للعامل في الربح لو ضارب المالك اثنين فأتيا بمائتين فقال أحدهما والمالك: هما رأس المال ولا ربح، وقال الآخر: بل إحدى المائتين ربح فإنه يستحق نصيبه منها وهو الربح(٨) ولا شيء للمصّدق(٩)

1 - الزيادة من (أ).
2 - الجامع في الشرح (خ).
3 -الغيث المدرار ج٣(خ) .
4 - الجامع في الشرح (خ).
5 - نهاية ورقة ٣٢٩ من (أ).
6 - الزيادة من (أ).
7 -الغيث المدرار ج٣(خ) .
8 - في(أ) "الربع".
9 - في (ب)"المصادق".

للمالك فإن[١] أتيا بثلاث مائة فقال أحدهما والمالك الربح مائة، وقال الآخر: بل مائتان فللمناكر خمسون، وللمصادق[٢] ثلثي الخمسين الباقية من المائة الثالثة لأن الباقي من الربح على قوله خمسون مقسومة بينه وبين المالك أثلاثاً، ولو صادق[٣] ثلاثة فجاؤا بأربع مائة، فقال المالك وزيد الربح مائة، وقال عمر[٤] بل مائتان، وقال بكر بل ثلاثمائة، فإن بكراً يأخذ خمسين، وهي[٥] سدس ما ادعى أنه الربح، ويأخذ عمرو ثلثين لأنه معترف بأن الباقي من الربح مائة وخمسون له خمسها وهو ثلاثون، وللذي صادق المالك وهو زيد خمسة دراهم لا غير، لأنه معترف بأنه لم يبق من الربح إلا عشرون لأنه قد ذهب من المائة التي ذكر أنها ربح خمسون وثلاثون، وبقي عشرون له ربعها خمسة، وللمالك ثلاثة أرباعها، ولا يصح شهادة بعضهم على بعض لأن له حقاً في التصرف ذكر معنى ذلك كله في الزهور والغيث[٦].

قال في الزهور: وهذه المسألة يسأل فيها لم كان القول قول المدعي لكثرة الربح مع أن اليد لهم على سواء في المال وهلا صدق كل واحد في ثلث المال وهلا قيل قد أجمعوا أن للمالك مائة والباقي ثلاثمائة في يد كل واحد مائة في الحكم انتهى [٧].

ولم يجب عن ذلك بل بيض له.

قال في الغيث: ويمكن الجواب بأن يقال بل اليد للعامل لأن المالك مقر أنه رجع إليه من يده فأقر بأن اليد له وللعامل، ولم يقر للمالك إلا بالقدر الذي صادقه فيه فكان القول قوله في قدر رأس المال منه وأن الزائد على ذلك القدر ربح انتهى [٨].

---

1 - في (ب) "فلو".
2 - في (ب)"للمصدق".
3 - في (أ)"صارت".
4 - في (ب)"عمرو".
5 - في (ب)"وهو".
6 - الزهور (خ) والغيث ج٣(خ).
7 - الزهور (خ).
8 -الغيث المدرار ج٣(خ) .

"فَصْـــــــلٌ"

[حكم اختلاط الأموال بعضها ببعض]

وإذَا الْتَبَسَتْ أَمْلَاك الْأَعْدَادِ أَوْ نحو أَوْقَافُهَا لَا تلبس مضمن قُسِمَتْ " هذه العبارة أشمل من عبارة الأزهار لأنها تتناول جميع صور اللبس سواء كان بخلط خالط أم[1] بغيره ولأنه يدخل تحتها نحو الأوقات كالزكاة والفطرة والكفارة، وكذا الخمس والخراج ونحو ذلك من ساير حقوق الله تعالى فإذا خالطت الأملاك أو الأوقاف أو نحوها فالتبس بعضها ببعض وكان ذلك من دون فعل فاعل يضمن جنايته بل برياح أو[بفعل] [2] حيوان لا يضمن جنايته فإن اللبس إذا وقع على هذه الصفة فالواجب في الأملاك أن يقسم على الرؤوس سواء اتفقت أم تفاضلت كأن تختلط رطل قيمته درهمان برطل قيمته درهم، وكأن يختلط غالبه بدهن بانٍ ونحو ذلك ذكره الفقيه س [3].

وقيل ف: بل يباع ما كان كذلك ويقسم ثمنه على قدر القيمة، وقيل بل يقسم المختلط نفسه على قدر القيمة، وسواء كانت الأملاك للآدميين أم لله تعالى كغلات المساجد ونحوها والزكوات والإعشار والكفارات وبيوت الأموال ونحو ذلك [4].

قوله عليلم:" **وَيُبَيِّنُ مُدَّعِي نحو الزِيَادَة**[5]" أراد بنحو الزيادة الأفضلية والتعيين ونحوهما فمن ادعى من الملاّك[6] وشيئاً من ذلك فعليه البينة فإن لم يبين حلف له الآخرون على القطع، ويجوز لهم ذلك استناداً إلى الظاهر، وهو عدم المزية ما لم يظنها صدقه.

قيل: وعلى أحد قولي م بالله أن الملتبس من الأملاك يصير لبيت المال، وعن ص بالله إن لم يتراض المالكون فقد صارت[7] لبيت المال [8].

قال في الشرح: فإن عرفت الزيادة جمله لا قدرها سلم لصاحبها زيادة بالتحري، بحيث يعرف أنه قدر ما يستحقه أو دون انتهى بمعناه [9].

---

1 - نهاية ورقة ٣٤٣ من (ب).
2 - في (ب)"بخلط".
3 -الغيث المدرار ج٣(خ) .
4 - المرجع السابق.
5 - في (أ)"زيادة".
6 - في (ب)"الأملاك".
7 - في (ب)"صار".
8 - المهذب في فتاوى الإمام المنصور بالله - (١ / ٢٤٠) .
9 -الجامع في الشرح (خ).

وأما حيث يكون الملتبس وقفاً بوقفٍ فرقبة المال باقية وقفاً ومنافعه تقسم بين الموقوف عليهم بالسوية، سواء كانوا آدميين أو مساجد أو نحوها أو بعضها لآدمي وبعضها لله تعالى على الأصح خلاف ما في التذكرة من أنهما يصيران للمصالح حيث كان أحدهما لله والآخر للآدمي كما سيأتي .

قوله عليلم: " **لا مِلْكٍ بِوَقْفٍ فَيَصِيرَانِ لِلْمَصَالِحِ** " يعني لا حيث التبس ملك بوقف لا بفعل فاعل مضمن كما تقدم فإنهما يصيران كلاهما لمصالح المسلمين لأنها لا يصح قسمة ما كان كذلك بالمراضاة لما يلزم من مصير الملك وقفاً وعكسه ولا فرق بين أن يكون الوقف والملك لشخصين أو لأكثر ذكره الفقيه ف،وقيل ع إذا كان الموقوف عليه هو المالك للمال المملوك فإن منفعتهما[١] يكون له ور قبتهما لبيت المال [٢].

قال في الغيث: وفيه نظر[٣]، وقيل ف بل الغلة تتبع الرقبة [٤].

وقيل س: أنهما لا يصيران لبيت المال مطلقاً بل يقسمان بين المالك والموقوف عليه بالسوية من باب الدعوى والطلب لما يجب لا من باب المراضاة [٥].

قيل: وهذا الكلام كله حيث حصل اليأس من التمييز فإن أمكن ولو بالظن وجب ذكره في الزيادات [٦].

وقد أفهم قوله في الأثمار "لا ملك بوقف" أن نحو الوقف إذا التبس بالملك لم يصر[٧] للمصالح بل يقسمان كغيرهما كما تقدم.

قال في الشرح: وإنما حذف المؤلف عليلم قوله في الأزهار "قِيلَ أَوْ وَقْفَيْنِ [لآدمي] [٨] ولله [تعالى] [٩] إلى آخره[١٠]، لأن المختار ما ذكره الفقيه ع وغيره من أنها تقسم الغلة كالملكين [ولا يقاس على اختلاط الملك بالوقف لأن الوقف لا يصح التراضي على مصيره ملكاً إذ لا يباع، ولهذا صارا جميعاً للمصالح هناك وأما هنا فإن غلة الوقف تباع فيصح

1 - في (ب)"منافعهما".
2 - البيان لابن مظفر (٢٠٦/٣) .
3 -الغيث المدرار ج٣(خ) .
4 - البيان لابن مظفر (٢٠٦/٣) .
5 - المرجع السابق.
6 -الزيادات (خ) .
7 - في (أ)"يصير " وهو لحن جلي والصحيح ما أثبت لأن " لم " إذا دخلت على الفعل المضارع تجزمه وهنا يجزم بحذف حرف العلة وهو الياء .
8 - الزيادة من المخطوط .
9 - الزيادة من (أ).
10 - الأزهار - (١ / ١٢٦).

التراضي فيها فالأولى قسمة الغلة كالملكين] [١] وهو الذي اختاره الإمام المهدي عليلم في الأزهار حيث أشار إلى ضعف قول الفقيه س بما هي[٢] قاعدته انتهى [٣].

فائـــــدة: قال المنصور بالله في المهذب:" من كان معه قدح فيه دهن فسقط القدح على دقيق آخر ملك صاحب الدهن الدقيق بعوضه فإن لم يسلم العوض كان صاحب الدقيق أولى بدقيقه [مزيتاً] [٤] ولا شيء عليه" [٥].

وكلام المنصور في المسألة أعدل ما يمكن إذا فرضنا أن الزيت لا يزيد الدقيق فضلاً فإن كان يزيده فضلاً فالأعدل فيها أن تقرع بينهما أيهما يسلم لصاحبه قيمة ملكه ويأخذه بزيته [و] [٦] هكذا في الغيث [٧].

وقال المؤلف عليلم:" بل يقسم على قدر القيمة" حكاه [عنه] [٨] في الشرح [٩].

ولو قيل يباع ويقسم ثمنه بينهما على قدر قيمتي الدقيق والزيت لم يبعد والله أعلم.

قوله عليلم "**ويضمن ملك الضامن غير الْمِثْلِيَّ الْمُتَّفَق وغرمه** " يعني وأما إذا وقع اللبس بفعل من يضمن جنايته فإن الضامن الذي وقع اللبس بسببه يملك ذلك المخلوط [١٠] الملتبس إذا كان قيمياً أو مثلياً مختلفاً ويغرم ذلك الضامن مثل المثلي، وقيمة القيمي لمستحقهما[١١] إذ لا فرق عندهم عند أهل المذهب بين الاختلاف في الجنس، أو في النوع، أو في الصفة في أن خلطها يكون استهلاكاً فيملكه الخالط ويغرم عوضه كما تقدم، وهو أحد وجهي الشافعية، وعلى الوجه الآخر لهم في مختلف الجنس أن يباع ويقسم ثمنه.

وأما مختلف النوع أو الصفة فقال في مهذب الشافعية:" إن خلطه لأعلى[١٢] وسلم إلى مالك الأدنى رطلاً من المخلوط لزمه قبوله وإن أراد أن يسلم له من غير المخلوط فقولان أحدهما له ذلك والثاني يباع ويقسم الثمن على قدر قيمة المخلوط [١٣].

---

1 - الزيادة من (ب).
2 - في (ب)"هو".
3 -الجامع في الشرح (خ).
4 - سقط من (أ).
5 - المهذب في فتاوى الإمام المنصور بالله- (١ / ٢٨١) .
6 - الزيادة من (ب).
7 -الغيث المدرار ج٣(خ) .
8 - الزيادة من (أ).
9 -الجامع في الشرح (خ).
10 - نهاية ورقة ٣٣٠ من (أ).
11 - في (ب)"لمستحقها".
12 - في (ب)"بأعلى".
13 - المهذب (ج١/ص٣٧١).

قال في الانتصار: والمختار أنهما يكونان شريكين لأن الزيادة لا يبطل الملك كما لو غصب سيفاً فحلاه وإن خلطه بدونه [١].

فقال في الانتصار ومهذب الشافعية:" ان رضي المغصوب عليه برطل من المخلوط أجبر" [٢].

أي الخالط المالك على ذلك وإن لم يرض فله رطل مثل رطله .

قوله عليلم:"**ويتصدق بِمَا خَشِيَ فَسَادُهُ قبل الغرامة ونحوها** " أي ولزم الضامن لذلك المخلوط أن يتصدق بما خشي فساده منه قبل أن يغرم عوضه لمالكه، أو قبل ما هو نحو الغرامة، وهي مراضاة المالك وإن لم يدفع له الغرامة لأنه لا يستقر في ملكه إلا بالغرامة أو المراضاة فلا يجوز له التصرف فيه قبل حصول أحدهما، ومن المراضاة أن يقول له مالكه تصرف فيه أو كله أو قد وهبته لك أو نحو ذلك.

أما كونه لا يجوز [له] [٣] التصرف فيه قبل المراضاة ونحوها فهذا قول الكنّى، لأنه لا يملكه عنده إلا بمراضاة صاحبه فإن خشي فساده قبل ذلك لزمه التصدق[٤] به [٥].

وقال القاضي زيد: أنه يملكه بمجرد الخلط فيجوز له فيه كل تصرف قبل المراضاة [٦].

وأما كونه يطيب له بعد المراضاة فهذا هو المذهب على ما حصله [/٧] الأخوان [٨].

وقال المنصور وأبو العباس وأبو حنيفة: لا يطيب له بل يجب عليه أن يتصدق به على كل حال لأنه ملكه من وجه محظور [٩].

قوله عليلم " **وَقَسَمَ المتفق كَمَا مَرَّ** " يعني وأما إذا كان المخلوط مثلياً متفقاً في الجنس والنوع والصفة وكان باقياً قسم بين المالكين على الرؤوس كما تقدم، ويبين مدعي الزيادة والفضل، وإن أتلفه الخالط غرم مثله، وقسم بين المالكين كذلك هذا قول أبي طالب وأحد قولي المؤيد، وهو المختار للمذهب [١٠].

---

1 - الانتصار على علماء الأمصار ج٦ (خ) .
2 -المرجع السابق و المهذب (ج١/ص٣٧١).
3 - الزيادة من (أ).
4 - في (أ)"التصرف".
5 - شرح الأزهار - (٣ / ٣٥٢)والبيان لابن مظفر (٢٠٨/٣) .
6 - شرح الأزهار - (٣ / ٣٥٣) .
7 - نهاية ورقة ٣٤٤ من (ب).
8 - شرح الأزهار - (٣ / ٣٥٣) .
9 - بدائع الصنائع ج٧/ص١٥٤ والبيان لابن مظفر (٢٠٨/٣).
10 - شرح الأزهار - (٣ / ٣٥٣).

وعلى أحد قولي م بالله: أنها إن لم تعرف الحصص، ملكه [الخالط]، وعند أبي العباس وأبي حنيفة وحكاية عن الهادي عليلم أنه يملكه بالخلط مطلقاً [١].

قيل: ويتصدق به عند أبي العباس وأبي حنيفة كما تقدم.

وأما إذا لم يكن متعدياً بالخلط بل خلطه بإذنهم فأما أن يشرطوا عليه ذلك التمييز أولا إن شرطوا عليه ذلك، ولم يميز ضمن وفي حصول الملك له نظر فإن كان يتميز حال الخلط ثم طرأ اللبس فهل يكون استهلاكاً أولا ؟

قال في الغيث: الأقرب عندي أنه إن كان اللبس لأجل تفريط منه فاستهلاك وإلا فلا، قال وإن لم يشرط عليه التمييز فلا ضمان ويقسمه بينهم وإن شاء سلمه إليهم واقتسموه انتهى[٢].

وإن كان المخلوط لواحد فإن كان الخلط بإذنه فلا شيء على الخالط وإن لم يكن بإذنه لزم الخلط تمييزه إن أمكن وكان يتعلق به غرض وإلا ضمن الخالط أرش نقصانه ذكر معنى ذلك في الغيث [٣].

وأما من خلط زيت إنسان بدقيقه أو نحو ذلك بغير إذنه فالأقرب أن الخلط يملكه بذلك كما لو طحن طعامه أو نحوه ويلزمه الغرامة.

تنبيـــــهٌ: قال صاحب الوافي: الراعي المشترك إذا خلط أموال الناس بعضها ببعض فلم يعرفها أهلها، فالقول قول الراعي في ذلك مع يمينه [٤].

يعني إذا لم يعرفها أهلها وميزها لهم الراعي فأنكروا تمييزه فالقول قوله، وقيل إنما يكون القول قوله إذا صدقوه في التعيين لا إذا كذبوه لأنه يدعي إسقاط ضمان الخلط عن نفسه ونظره في الغيث، بأن الراعي غير متعد في الخلط لأنه مأذون له في الخلط بشرط تمييزه وتمييزه لا يعلم إلا من جهته فيكون القول قوله فلا يلزم مثل ذلك في مسألة القصار إذا أتى بالثوب فأنكره المالك لأن ضمان القصار لا من جهة الخلط [٥].

---

1 - **حاشية ابن عابدين (ج٨/ص٢٩٢). والفتاوى الهندية (ج٦/ص١٣٥).**

2 - **الغيث المدرار ج٣(خ) .**

3 - **المرجع السابق.**

4 - **الوافي (خ).**

5 - **الغيث المدرار ج٣(خ)بنحوه .**

كِتَابُ الشَّرِكَةِ

هِيَ ضم الشين اسم [للشيء] [١]الْمُشْتَرَك [٢] وبكسرها اسم لِلِاشْتِرَاك [٣] [٤].

والأصل فيها من الكتاب قوله تعالى:(وَاعْلَمُواْ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَيْءٍ فَأَنَّ لِلّهِ خُمُسَهُ) الآية[٥] وكآيتي الميراث والصدقات فأثبت فيهن الاشتراك.

ومن السنة ما روي عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال:" يَدُ اللهِ مَعَ الشَّرِيكَينِ مَا لَمْ يَتَخَاوَنَا، [فَإِذَا تَخَاوَنَا] [٦] مُحِقَتْ تِجَارَتُهُمَا "[٧]وكذا في شفاء الأوام [٨].

وعن أبي هريرة يرفعه أن الله عز وجل يقول:" أنا ثَالِثُ الشَّرِيكَيْنِ ما لم يَخُنْ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ فإذا خَانَهُ خَرَجْتُ من بَيْنِهِمَا " أخرجه أبو داود [٩]، وزاد رزين "وجاء الشيطان"[١٠]

وعن السائب بن أبي السائب[١١] قال: أتيت النبي صلى الله عليه وآله فَجَعَلُوا يُثْنُونَ عَلَيَّ وَيَذْكُرُونِّي فقال صلى الله عليه وآله أنا أَعْلَمُكُمْ فقلت صَدَقْتَ بِأَبِي [أنت] [١٢] وَأُمِّي كُنْتَ شَرِيكِي فَنِعْمَ الشَّرِيكُ كُنْتَ لَا تُدَارِي ولا تماري" هكذا أخرجه أبو داود[١٣]، وعند رزين "لا تساري ولا تماري" [١٤].

وفي صحيح البخاري وغيره أن البراء بن عازب و زيد بن أرقم كانا شريكين في التجارة على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله وغير ذلك [١٥].

---

1 - الزيادة من (أ).

2 - في (ب)"للمشترك".

3 - البحر الزخار - (١٠ / ٤٠) .

4 -الشركة لغة هي اختلاط شيء بشيء وشرعاً عبارة عن اختلاط النصيبين فصاعدا بحيث لا يفرق أحد النصيبين عن الآخر. أنيس الفقهاء - (١ / ١٩٣).

5 - الأنفال:٤١.

6 - الزيادة من (أ).

7 -أخرجه الدار قطني في سننه –كتاب البيوع-رقم١٤٠ بلفظ " يد الله على الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه فإذا خان أحدهما صاحبه رفعها عنهما "(ج٣/ص٣٥).وهو ضعيف ينظر (ضعيف الترغيب والترهيب رقم ١١١٤ (١ / ٢٧٨).

8 - شفاء الأوام في أحاديث الأحكام (٣ / ١٥) .

9 - أخرجه أبو داود في سننه -كتاب البيوع -بَاب فِي الشَّرِكَةِ -رقم٣٣٨٣ (ج٣/ص٢٥٦)وهو ضعيف ينظر (ضعيف الترغيب والترهيب - رقم ١١١٤. (١ / ٢٧٨)

10 - في كتابه (الجمع بين الصحاح الستة) (مخطوط) وينظر مشكاة المصابيح (ج٢/ص٨٨٥) .

11 - هو السائب بن أبي السائب القرشي المكي له صحبة (التاريخ الكبير ج٤/ص١٥٠).

12 - سقط من المخطوط.

13 - أخرجه أبو داود في سننه -كِتَاب الْأَدَبِ -بَاب فِي كَرَاهِيَةِ الْمِرَاءِ -رقم٤٨٣٦ ، وهو صحيح (ج٤/ص٢٦٠) .ينظر (صحيح وضعيف سنن أبي داود - رقم٤٨٣٦.

14 - في كتابه (الجمع بين الصحاح الستة) (مخطوط) ولم أعثر عليه في بقية كتب الحديث.

15 -أخرجه البخاري في صحيحه -كِتَاب الشَّرِكَةِ -بَاب الِاشْتِرَاكِ فِي الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ وما يَكُونُ فيه الصَّرْفُ -رقم٢٣٦٥(ج٢/ص٨٨٤).

والإجماع منعقد على كونها مشروعة [1].

فائـــدة: قال في البحر:" وَالشَّرِكَةُ إمَّا فِي الْعَيْنِ وَمَنْفَعَتِهَا كَالْأَرَاضِي، أَوْ أَحَدِهِمَا كَالْمُوصَى بِخِدْمَتِهِ، وَكَالْوَقْفِ [عَلَى جَمَاعَةٍ] [2]، أَوْ فِي الْحُقُوقِ، كَالرَّدِّ بِالْعَيْبِ وَالطَّرِيقِ وَالْمَسِيلِ وَالرَّهْنِ، أَوْ فِي حَقٍّ بَدَنِيٍّ كَالْقِصَاصِ وَحَدِّ الْقَذْفِ [3].

---

1 - **البحر الزخار (١٠ / ٤٠) .**

2 - **سقط من المخطوط .**

3 -**البحر الزخار (١٠ / ٤٠) .**

باب

شرك الْمَكَاسِبِ بين أهل ملة

إنما عدل المؤلف عليلم عن عبارة الأزهار لأنه لم يأت بالتقسيم على نسق واحد.

وقوله "**بين أهل ملة** " معناه أنه يشترط في شركة المكاسب اتحاد ملة الشريكين، فلا يصح بين مختلفي الملة كالمسلم والذمي لأن الذمي يستجيزه ما لا يستجيزه المسلم ولأنه قد ورد النهي عن الشركة بين المسلم والذمي حكى ذلك في الغيث [١].

وعن أبي يوسف ومحمد[٢/] أن الشركة تصح بين المسلم والذمي [٣].

وحكى الطحاوي عن أبي حنيفة والشافعي أنها تصح وتكره [٤].

قال المؤلف عليلم: وكذا لا يصح بين يهودي ونصراني إذ قد يستجيز أحدهما ما لا يستجيزه الآخر، وأتى المؤلف بهذا الشرط وهو اتحاد الملة في أول باب شركة المكاسب ليعم جميع أنواعها فحينئذ لا يحتاج إلى ذكره فيما بعد.

وقوله عليلم : "**هي أَرْبَعٌ** " يعني أن شرك المكاسب أربعة أنواع: المفاوضة، والعنان، والوجوه، والأبدان، وقد بدأ بذكر شركة المفاوضة فقال " **الْمُفَاوَضَةُ أن يحضر حُرَّانِ مُكَلَّفَانِ كل نَقْدِهمَا المستوى [السَّوَاءِ]** [٥] " لفظ المفاوضة مشتق من قولهم قوم فوضى أي مستوون استواء[٦] الشريكين في النقدين[٧] ومن ذلك قول الأفوه[٨] الأودي [٩]:

لا يصلحُ النّاسُ فَوْضَى لا سَرَاةَ لَهُمْ ولا سَرَاةَ إذا جُهَّالُهم سادوا[١٠]

أو من التفويض لأن كل [واحد] [١١] منهما مفوض[١٢] لصاحبه.

---

1 -الغيث المدرار ج٣(خ) .
2 - نهاية ورقة ٣٣١ من (أ).
3 - البحر الرائق (ج٥/ص١٨٣). و بدائع الصنائع (ج٦/ص ٦١). و شرح الأزهار - (٣ / ٣٥٥).
4 - مختصر اختلاف العلماء (ج٤/ص٧).
5 - الزيادة من (ب).
6 - في (ب)"لاستواء".
7 - في (ب)"النقد".
8 - في (ب)"الأثره" والصحيح ما أثبته.
9 -هو صلاءة بن عمرو بن مالك، من بني أود، من مذحج شاعر يماني جاهلي توفي نحو ٥٠ ق هـ، نحو ٥٧٠ م. الأعلام للزركلي - (٣ / ٢٠٦).
10 -روضة العقلاء يصلح الناس روضة العقلاء ونزهة الفضلاء لمحمد بن حبان البستي أبو حاتم، دار الكتب العلمية - بيروت - ١٣٩٧ - ١٩٧٧، تحقيق: محمد محي الدين (ج١/ص٢٧٠) .
11 - الزيادة من (أ).
12 - في (ب)"يفوض".

وهي مشروعة عند العترة والشعبي وابن سيرين، والأوزاعي والثوري وابن أبي ليلى ومالك[١] لقوله [تعالى][٢] (أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ) "[٣] وقوله صلى الله عليه وآله" إِذَا فَاوَضْتُمْ فَأَحْسِنُوا الْمُفَاوَضَةَ" الخبر هكذا في البحر [٤].

وتمام الخبر" فإن فيها أعظم اليمن والبركة ولا تخاذلوا فإن المخاذلةَ من الشيطان" هكذا في الشفاء [٥].

وعند ش والْجُوَيْنِيّ والْغَزَالِيُّ والْمَرْوَزِيِّ والْإِسْفَرايِينِيّ أنها بَاطِلَةٌ، إِذْ لَا يُعْتَبَرُ فِيهَا الْخَلْطُ، بَلْ يَشْتَرِكَانِ فِي [الْغُنْمِ وَالْغُرْمِ] [٦] حَتَّى قَالَ الشافعي: مَا أَعْلَمُ فِي الدُّنْيَا شَيْئًا بَاطِلًا ، إِنْ لَمْ تَكُنْ شَرِكَةُ الْمُفَاوَضَةِ بَاطِلَةً [٧].

قُلْنَا: بَلْ يُعْتَبَرُ الْخَلْطُ كمَا سَيَأْتِي ، هكذا في البحر [٨] [٩/].

وحكى في الغيث عن مالك أن شركة المفاوضة لا تصح مطلقاً [١٠]، خلاف ما حكى عنه في البحر كما تقدم والله أعلم.

وشروط صحة المفاوضة ثمانية:

أحدها: اتفاق الشريكين في الملة كما تقدم.

الثاني: أن يكونا حرين، فلو كانا عبدين لم يصح، ولو مأذونين لأن قيمتهما تختلف، ودين المعاملة تتعلق برقابهما، وهي مأخوذة من المساواة كما تقدم.

ولو اتفقت القيمة فذلك نادر، والأحكام تعلق على الغالب لا على النادر، وكذا لا يصح بين حر وعبد ولو مأذوناً إذ لا يثبت له مع الإذن مثلما يثبت للحر من كمال التفويض والتصرف.

[الشرط] [١١] الثالث: أن يكونا كلاهما مكلفين، فلا يصح حيث يكونا صبيين أو مجنونين أو أحدهما ولو مأذونين، لأنها مأخوذة من التفويض، وهو لا يصح منهما.

---

1 - البحر الزخار (١٠ / ٤٠) و بداية المجتهد (ج٢/ص١٩١).ومختصر اختلاف العلماء (ج٤/ص٥).
2 - الزيادة من (ب).
3 - المائدة:١.
4 - البحر الزخار - (١٠ / ٤٠) .
5 - كتاب شفاء الأوام - (٣ / ١٥) ولم أعثر عليه في بقية كتب الحديث.
6 - في (أ)" الغرم والغنم" بدل مابين المعقوفتين.
7 - الأم (ج٧/ص١٣٤).
8 - البحر الزخار - (١٠ / ٤٠) .
9 - نهاية ورقة ٣٤٥ من (ب).
10 - الغيث المدرار ج٣(خ). والصحيح من قول مالك الجواز . ينظر بداية المجتهد (ج٢/ص١٩١).
11 - الزيادة من (أ).

الشرط الرابع: أن يخرجا كل نقدهما فلو بقي مع أحدهما شيء من النقد يملكه لم يصح.

الشرط الخامس: أن يكون نقدهما على السواء [جنساَ وقدراً] [١] وصفة فلو كان نقداً أحدهما ذهباً، والآخر فضة، أو بيضاً والآخر سوداً أو صحاحا، والآخر مكسره لم تصح.

ولا تصح الشركة في العروض عند العترة والحنفية لتأدية ذلك إلى استبداد أحدهما بالربح لغلاء أو رخص [٢]، وذلك خلاف موضوعها، وإذ علم التساوي حال العقد شرط ولا علم به في غير النقدين.

وقيل: يصح إذ القصد الإذن بالتصرف والربح على قدر المال، وقال المزني: يصح في المثليات فقط [٣]. لنا ما تقدم.

وكذا لا يصح في الفلوس على المذهب، وهو قول ح إذ هي كالعروض،[٤] وقال أبو طالب ومحمد يجوز فيها إذا كانت نافقة إذ هي كالنقد [٥].

قلنا: لا نسلم، فهذه الخمسة الشروط قد تضمنها ما تقدم من عبارة الأثمار، وأما الشرط السادس والسابع والثامن فيتضمنها.

قوله عليلم: " **ويَخْلِطَانِ وَيَعْقِدَاها غَيْرَ مُفَضِّلَيْنِ** " فالشرط السادس هو أن يخلط النقدين على وجهٍ لا يتميز أحدهما عن الآخر، ذكره أبو العباس لمذهب الهادي عليلم فلو لم يخلطا لم يصح، إذ لا مفاوضة مع التمييز فلو تميز بعضها دون بعض صحت الشركة فيما لم تتميز شركة عنان، وهذا قول أبي طالب والإمام ح وزفر، وذهب الناصر والمؤيد والحنفية إلى أن الخلط غير شرط، وإنما شرط الاستواء والعقد [٦]. لنا ما مر .

والشرط السابع: العقد وهو أن يقول كل واحد منهما لصاحبه شاركتك في مالي والتصرف وجهي على أن نتجر مجتمعين أو مفترقين.

قال في البحر: ويكفي أن يقولا عَقَدْنَا شَرِكَةَ الْمُفَاوَضَةِ[٧] أو أشركتك مفاوضة فَإِنْ اقْتَصَرَا عَلَى لَفْظِ الشَّرِكَةِ فَوَجْهَانِ: تَنْعَقِدُ، إذْ لَفْظُ الشَّرِكَةِ يُشْعِرُ بِهَا، وَلَا، لِاحْتِمَالِهِ غَيْرَهَا، وَهُوَ الْأَصَحُّ [٨].

---

1 - في (ب)" قدراً وجنساً "بدل مابين المعقوفتين.
2 - المبسوط للسرخسي (ج١١/ص١٦٠) .
3 - روضة الطالبين (ج٤/ص٢٧٧) .
4 - شرح الأزهار (٣ / ٣٥٥)و كتاب التحرير (١ / ٤٩٥).و البحر الزخار - (١٠ / ٤٣) .
5 - البحر الزخار - (١٠ / ٤٣)والبيان لابن مظفر (٣/٢٤٠) .
6 - شرح الأزهار - (٣ / ٣٥٥). والمبسوط للسرخسي (ج١١/ص١٥٢) .
7 - في (ب)" مفاوضة.
8 - البحر الزخار (١٠ / ٤١).

قال في الانتصار: واشترط بعضهم مقارنة الخلط للشركة يعني للعقد، قال: والأولى أن المقارنة غير شرط [١].

الشرط الثامن: قوله: "غَيْرَ مُفَضِّلَيْنِ" أي لأحدهما في الربح والوضيعة بل تتبعان رأس المال وجعل هذه الثمانية شروطاً هو الذي في سائر الكتب ولم يصرح المؤلف عليلم بذلك لأن العقد هو ماهية الشركة وباقي القيود ألحقها المؤلف عليلم بالأركان وحسن إلحاقها بها في هذا الموضع وما أشبهه لأنها لا تسمى بذلك إلا معها ذكر معنى ذلك في الشرح [٢].

قوله عليلم: " **فَيَصِيرُ كُلُّ واحد مِنْهُمَا وَكِيلًا لِلْآخَرِ وكَفِيلًا**" أي فمتى عقد شركة المفاوضة على الصفة التي سبق ذكرها صار كل [واحد] [٣] منهما فيما يتعلق بالتصرف في مال الشركة وكيلاً للآخر وكفيلاً به فإذا اشترى أحدهما شيئاً لزم الآخر، وكان للبائع أن يطالب بالثمن أيهما شيئاً وإن شرى [من] [٤] احدهما شيئاً لزم الآخر وكان للبائع أن يطالب بالثمن أيهما شيئاً، وإن شرى [من] [٥]احدهما شيئاً كان للمشتري مطالبة أيهما شاء بتسليم المبيع، ولغير البائع منهما مطالبته بالثمن ونحو ذلك، وأما ما لا يتعلق بالتصرف في مال المفاوضة نحو أن يلزم أحدهما أرش جناية أو مهر أو نحو ذلك، فإنه لا يلزم الآخر وإنما لم يتعرض المؤلف عليلم لذكر ذلك لفهمه من السياق، وكذلك [حذف] [٦] قوله في الأزهار " لَهُ مَالُهُ وَعَلَيْهِ مَا عَلَيْهِ "[٧] لأن ذلك تفسير لقوله " وَكِيلًا لِلْآخَرِ وَكَفِيلًا لَهُ " فاستغنى عن التفسير بالمفسر، وكذلك قوله "مطلقاً " لأن معناه سواء علم أحدهما بتصرف الآخر أم لا وذلك مفهوم من إطلاق العبارة.

قوله عليلم : " **وفِي نحو غَصْبٍ اسْتَهْلَكَ حُكْمًا وكَفَالَةٍ بنحو مَالٍ عَنْ أَمْرِ الْأَصْلِ خِلَافٌ** " أما الصورة الأولى فمثالها أن يغصب أحد الشريكين حباً فيطحنه أو قطناً فيغزله غزلاً فينسجه، أو نحو ذلك فيملكه بالاستهلاك، وتلزم قيمته فهل يلزم شريكه لأن الغاصب كأنه اشترى ذلك المستهلك لملكه إياه بالقيمة، قد اختلف في ذلك، فقال ع وأبو طالب وأبو حنيفة: يلزم شريكه ما لزمه لما تقدم[/٨]،

---

1 -الانتصار (خ).
2 - شرح الأزهار - (٣ / ٣٥٥) .
3 - الزيادة (ب).
4 - الزيادة من(ب).
5 - الزيادة من (أ).
6 - سقط من (ب).
7 - الأزهار - (١ / ١٢٧).
8 - نهاية ورقة ٣٣٢ من (أ).

وقال المؤيد وأبو يوسف ومحمد: لا يلزم[١] قياساً على سائر الجنايات والاستهلاك الحسي والنكاح ونحو ذلك [٢].

وأما الصورة الثانية وهي الكفالة فقال أبو العباس: يلزمه[٣] تخريجا من قول يحيى عليلم ما يجب على احدهما يجب على الآخر وهو قول ح.

وقال المؤيد: لا يلزمه [٤].

وأما الكفالة بالوجه فلا يلزم احدهما فيها ما لزم لآخر اتفاقاً، وكذلك[٥] الكفالة بالمال لا عن أمر الأصل لا يلزم أحدهما فيها ما لزم الآخر اتفاقاً [٦].

وأراد المؤلف عليلم "بنحو الغصب" ما ملكه احدهما بالخلط، وأراد" بنحو الكفالة" بالمال الكفالة بالعمل ونحو ذلك.

---

1 - في (ب)"يلزمه".
2 - شرح الأزهار - (٣ / ٣٥٦) .
3 - في (ب)"يلزمه".
4 - شرح الأزهار - (٣ / ٣٥٦) والبيان لابن مظفر (٣٢٤٢).
5 - في (ب)"وكذا".
6 - شرح الأزهار - (٣ / ٣٥٧) .

"فَصْـــــلٌ"

وَمَتَى حدث موجب تفضيل مستقر صَارَتْ عِنَانًا " هذا الفصل يذكر فيه حكم هذه الشركة حيث طرأ ما يحصل به تفاضل الشريكين في النقد، وكان ذلك التفاضل مستقراً فإنه إذا وقع ذلك صارت عناناً إذا صح أن يكون عناناً، وذلك نحو أن يغبن أحدهما في شيء من مالها غبناً فاحشاً، أو نهب منه، أو يقرض ولم يجز الآخر، لأن ذلك يكون من نصيبه فيزول التساوي، فإن أجاز زال التفاضل وبقيت الشركة بحالها، وكذا إذا استنفق أحدهما لمن يعوله أكثر مما يستنفقه[١] الآخر لا ما أنفقاه على أنفسهما، فإنه لا يعتبر فيه [٢/] التساوي لأن نفقة العامل من مال التجارة، قلت نفقته أم كثرت كما في المضاربة، فإن أنفق أحدهما على عياله ونحوهم أكثر من الآخر، فإن أبرأه صاحبه من ذلك أو تركه ديناً في ذمته أو أخذ منه عوضه عرضاً ليس للتجارة بقيت الشركة بحالها، وإن قبضه منه نقداً أو عرضاً للتجارة صارت عنانا، وكذا إذا ملك أحدهما نقداً زايداً بهبة أو نذر أو أرش جناية، أو ميراث، أو غير ذلك وقبضه هو أو وكيله، فإنها تصير عناناً لا حيث قبضه حويله، ولا قبل القبض لأن الملك فيما عدا الميراث إنما يستقر بالقبض.

قال في الأزهار: " إِلَّا فِي مِيرَاثِ الْمُنْفَرِدِ "[٣] يعني فلا يعتبر فيه القبض بل يصير عناناً بمجرد الإرث لأنه ملك قوي لا يبطل بالرد والوارث المنفرد في حكم القابض ذكره أبو طالب.

وقال الناصر والمؤيد: أن المفاوضة تبطل بميراث النقد قبل قبضه، ولو كان معه وارث غيره لأنه ملك قوي لا يعرض له البطلان، واختاره المؤلف عليلم ولذلك لم يتعرض لما ذكره في الأزهار من التفصيل، وإنما لم يبطل بقبض المحتال لأنه يقتص لنفسه لا للمخيل بخلاف الوكيل [٤].

ويتفرع على ما تقدم ذكره فوائد:

الأولى: إذا أشترى أحدهما شيئاً قبل الخلط فإنه يكون له إن اشتراه بماله، وإن اشتراه بمال شريكه فإنه يكون لشريكه لأنه وكيل له وإن تلف مال أحدهما قبل الخلط كان عليه وحده إن تلف في يده، وإن تلف في يد شريكه ضمنه له ضمان الأجير المشترك.

---

1 - في (ب)"استنفقه".
2 - نهاية ورقة ٣٤٦ من (ب).
3 - الأزهار - (١ / ١٢٨).
4 - البحر الزخار - (١٠ / ٥٠). و شرح الأزهار - (٣ / ٣٥٨). والبيان لابن مظفر (٢٤٤/٣) .

الثانية: أنها تصح أن تكون مؤقتة بوقت معلوم خلاف المؤبد وتصح معلقة على حصول شرط كالوكالة.

الثالثة : أنها إذا بطلت وقد لزمها دين كان لصاحب الدين أن يطالب به أيهما شاء فإن أخذه كله من أحدهما رجع على صاحبه بنصفه وإن أخذ من أحدهما نصفه لم يرجع على صاحبه .

الرابعة: أنهما إذا شرطا لأحدهما قدراً معلوماً من الربح فسدت المفاوضة ولم تصر عناناً لأن مثل ذلك لا يصح في العنان كما سيأتي فيكون الربح بينهما على قدر رأس المال ولكل واحد على الآخر أجرة ما عمل له إذ يصيران أجيرين.

الخامسة: أنه لا يصح أن يجعل في نوع مخصوص من التجارة بل يكون عامة ولا يصح أن يشرط اجتماعهما.

السادسة: أن أحدهما إذا ادعى الغير على أحدهما شيئاً فيما يتعلق بتجارتهما وحلفه عليه كان له أن يحلف الآخر كما في الورثة، ويكون يمين العامل على القطع، ويمين الآخر على العلم لأنها توجهت عليه من جهة غيره.

السابعة: إذا كانت لأحدهما تجارة غير هذه لو عروضاً فإن المفاوضة لا يصح بل يقع عناناً لأن عروض التجارة كالنقد والله أعلم.

الثامنة: أن [قوله في] (١) الأزهار " وغَرِمَ نَقْدًا "(٢).

قال في شرح الأثمار: ما معناه أن ذلك لا يحتاج إليه لأن أحدهما إذا أستهلك من مالها النقد أكثر من صاحبه، كان ذلك من حصته فيقع التفاضل بنفس الآخذ لأن قسمة النقد إقرار فلكل منهما أن يستبد بأخذ نصيبه، وإن كان المستهلك عرضاً وغرم عرضاً للتجارة بطلت أيضاً لحصول التفاضل إذ عروض التجارة بمنزلة النقد كما تقدم ثم إن ظاهر" قوله "وغَرِمَ نَقْدًا " يوهم أنه لو استهلك عشرة دراهم ثم غرم مثلها من جهة فردها في مال المضاربة(٣) أنها تبطل بذلك وهو غير مراد، وإنما المراد حيث غرم لشريكه قدر حصته فيحصل التفاضل بذلك لكن ظاهر العبارة توهم غير المراد وعبارة الأثمار وافية بالمرام سالمة من الإيهام كما لا يخفى والله الموفق .

---

1 - في (أ)"في قول" بدل مابين المعقوفتين.

2 - الأزهار - (١ / ١٢٨).

3 - في (ب)"المفاوضة".

قوله عليلم:" **الْعِنَان عقد جَائِزِي التَّصَرُّفِ على مال معلوم مشترك بينهما** " هذه هي النوع الثاني من شرك المكاسب، ويقال فيها عنان، وعنان بفتح العين من عن إذا عرض أو ظهر، ومنه عنان السماء وبكسرها من عنان الفرس إذ الشريكين[1] كالفارسين اللذين استوى عنانا[2] فرسيهما في السباق كذا يقال والله أعلم .

قال في البحر : وَهِيَ مَشْرُوعَةٌ إجْمَاعًا .

وَقَوْلُ مالك لَا أَعْرِفُ الْعِنَانَ أَرَادَ اشْتِقَاقَ اللَّقَبِ.

وَالْأَصْلُ فِيهَا شَرِكَةُ الْبَرَاءِ وَزَيْدِ بْنِ أَرْقَمَ وَقَرَّرَهَا[3] صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ [4] انتهى [5].

وقد تقدم إحدى روايات الحديث المذكور في أول الباب والمراد بالعقد الإيجاب والقبول كما تقدم.

والمراد "بجَائِزِي التَّصَرُّفِ "أن يكونا مكلفين حرين أو مكاتبين أو صبيين مميزين مأذونين أو عبدين مأذونين أو حر وعبد، أو صبي كذلك وقد تقدم أنه يشترط في جميع الشرك إسلامهما فلم نعده فلا تصح هذه الشركة بين مسلم وذمي عند القاسم والشافعي وأبي حنيفة ومحمد لما تقدم.

وقال أبو يوسف: تصح[6] مطلقاً [7]، وقال ك: تصح بشرط أن لا يغيب عنه المسلم في تصرفه [8].

وقال الإمام ح والحسن البصري: يكره لقول ابن عباس أكره أن يشارك المسلم اليهودي والنصراني [9].

وقوله: "على مال" قال في شرحه: من نقد أو غيره وهو مقتضى كلام الأزهار والغيث [10].

---

1 - في (ب)"الشريكان".
2 - في (ب)"عنان".
3 - في (ب)"وقررهما".
4 - في (ب) "صلم".
5 - البحر الزخار - (١٠ / ٥٢) .
6 - نهاية ورقة ٣٣٣ من (أ).
7 -المبسوط للسرخسي (ج١٨/ص١١٥). والبحر الرائق (ج٥/ص١٨٣) .
8 -مواهب الجليل (ج٥/ص١١٨).
9 - البحر الزخار - (١٠ / ٥٣) .
10 - الأزهار - (١ / ١٢٨) و الغيث المدرار ج٣(خ).

فيصح أن يعقدا على النقد بعد الخلط، أو على العرض بعد التشارك فيه وإلا لم يصح، وفي اشتراط مقارنة العقد للخلط الخلاف الذي مر.

قال أبو طالب: الحيلة في التشارك، يعني في العروض أن يبيع كل واحد من صاحبه من عرضه ما يريد أن تكون حصة له من نصف أو ثلث أو أقل أو أكثر فيصيران شريكين ولو قبل أن يبيعا العروض التي اشتركا فيها فعلى هذا لو امتنع أحدهما من بيع تلك العروض بعد عقد الشركة أجبر على ذلك.

وقيل ع: إنما يصيران شريكين من بعد بيع العروض لأن الشركة إنما هي في الثمن ويشترط أن تجدد الشركة في الثمن بعد حصوله فإن [1] امتنع أحدهما من بيع العروض لم يجبر [٢].

قال في الغيث: وظاهر كلام أصحابنا خلاف هذا وأنهما قد صارا شريكين قبل البيع وإنما لم تصح الشركة في العروض إلا بعد التشارك عندنا وأبي حنيفة والشافعي لأنهما لو اشتركا فيها من غير مخالطة لأدى إلى أن ينفرد أحدهما بالربح أو يشارك الآخر في رأس المال بأن يزيد القيمة وقت المعاملة أو ينقص، قال وقد يعترض بأن هذا لا بيانا إلا في بعض الصور، وذلك حيث يشرط لأحدهما زيادة في الربح انتهى [٣].

قال الإمام ح: وكذا يصح هذه الحيلة في المفاوضة أيضاً إذ لا خلل حينئذ انتهى [٤].

وقوله "معلوم" يعني تفصيلاً أو جملة فصلت من بعد.

وقوله "مشرك بينهما" يعني سواء كان الاشتراك من قبل العقد أم وقع بالعقد كما تقدم ذكره آنفاً في الشركة في العروض وسواء اتفقت الحصص أم اختلفت، كأن يكون لأحدهما الثلاث، وللآخر الثلثان ونحو ذلك .

قوله عليلم :" **فَيَتْبَعُه الْخُسْرُ وَكَذَا الرِّبْحُ غالباً** " أي يتبع الخسر رأس المال فيكون على كل واحد منهما من الخسر بقدر حصته من رأس المال من نصف أو ثلث أو غيرهما سواء شرطا ذلك حال العقد أم أطلقا أم شرطا على أحدهما من الخسر أكثر من قدر حصته من رأس المال، أو أن الخسر على أحدهما دون الآخر فإنه لا تأثير لذلك الشرط بل يلغو، وتصح الشركة لأن الشروط الفاسدة لا يبطلها لقبولها الجهالة فيتبع الخسر رأس المال بكل حال هذا هو المذهب، وهو قول ح، وعن ش ومالك، وذكره الإمام ح للمذهب أن الشركة

---

1 - **نهاية ورقة ٣٤٧ و ٣٤٨ من (ب).**
2 - **شرح الأزهار - (٣ / ٣٥٩) .**
3 - **الغيث المدرار ج٣(خ) .**
4 - **المرجع السابق.**

تبطل حيث شرطا أن يكون الخسر لا على قدر رأس المال لأن ذلك خلاف موجبها [١]. لنا ما تقدم.

وإنما قلنا بأن الشرط يلغو لأن تصحيحه يؤدي إلى أن يضمن الشريك مال شريكه وهو لا يضمن لأنه أمين كالوديع، وكذلك الربح يتبع رأس المال حيث أطلقا، ولم يذكرا كيفية الربح، وكذا حيث شرطا تفضيل غير العامل فإنه لا تأثير لهذا الشرط بل يلحق الربح برأس المال والوجه في ذلك أن الزيادة المشروطة [له] [٢] تكون في غير مقابلة مال ولا عمل ولا ضمان فلم يصح له، فلو شرطا أن يكون أحدهما هو الذي يعمل دون الآخر جاز ذلك، ووجهه أن العامل يكون متبرعاً يعمله فكان مال الآخر معه وديعة ولو شرط أحدهما أن لا يعمل ثم عمل لم يستحق أكثر ذكره في البحر [٣].

وقوله: "غالباً" يحترز من أن يشرطا تفضيل العامل فإن الربح يكون على حسب ما شرطاه لأن الزيادة تقابل عملاً.

قيل :وإذا شرط لأحدهما من الربح أكثر من الآخر على أنهما يعملان كلاهما صح ولو عمل أحدهما وترك الآخر لكن إن عمل وهو يعلم بترك صاحبه فهو متبرع، وإن عمل وهو يظن عمل صاحبه فانكشف خلافه فله الرجوع عليه بأجرته فيما عمل في ماله والربح على ما شرطاه انتهى [٤].

وإذا شرط لأحدهما قدراً معلوماً من الربح فسدت إلا أن يشرط مما زاد على كذا كما تقدم في المضاربة.

قوله عليلم :" **ولا يلزم أحدهما ما لزم الْآخَر ونحوه غالباً** " وذلك لأنه لم يصير أحدهما كفيلاً على صاحبه فيما تصرف[٥] فيه فلذلك لا يكون ملزوماً بما لزمه، وكذلك لا يكون لأيهما المطالبة بما ثبت للآخر إذ ليس وكيلاً له، وهذا الطرف هو المراد بقوله "ونحوه" .

وقوله "غالباً" احتراز من التراجع فيما بينهما فإن لكل واحد منهما أن يرجع على الآخر بقدر حصته مما لزمه بالتصرف في مالها وإن عين أحدهما فاحشاً لم يلزم الآخر ذكره في البحر [٦].

---

1 - بداية المجتهد (ج٢/ص١٩١). و البحر الزخار (١٠ / ٦٠) .
2 - الزيادة من (أ).
3 -البحر الزخار - (١٠ / ٦٠) .
4 -البيان لابن مظفر (٢٤٦/٣) .
5 - في (ب)"يتصرف".
6 - البحر الزخار - (١٠ / ٥٩).

تنبيـــــهٌ: وإذا شارك أحد شريكي العنان إنسانا ثالثاً شركة عنان في شيء من مالها، فإنه يكون لهذا الثالث نصف ما يشتريه والنصف الآخر للأولين، وكذلك ما اشتراه المتوسط مما شارك فيه الثالث وأما ما اشتراه الذي لم يشارك الثالث أو اشتراه المتوسط مما لم يشارك فيه الثالث فإنه يكون للأولين دون الثالث فإن شارك أحدهما ثالثاً شركة مفاوضة، فإن كان ذلك بمحضر الشريك الأول بطلت شركته مع الأول لأن ذلك فسخ للشركة الأولى في وجه الشريك، وصحت شركته مفاوضة مع الثالث وإن كان ذلك بغير محضره لم تبطل الأولى وصحت الثانية عناناً روى ذلك جميعه في التفريعات بالمعنى والله أعلم [١].

قال: ولا يصدق أحد الشريكين على صاحبه أنه قد لزمه دين في التجارة هكذا في الغيث[٢].

الوجوه: " **أَنْ يُوَكِّلَ كُلٌّ مِنْ جَائِزِي التَّصَرُّفِ صَاحِبَهُ أَنْ يَجْعَلَ لَهُ جُزْءًا مَعْلُومًا فِيمَا اسْتَدَانَ أَوْ اشْتَرَى ويَتَّجِرَ فِيهِ** " هذه هي النوع الثالث من شرك المكاسب وعقدها عند أهل المذهب وأبي حنيفة وإن لم يكن لها رأس مال في الحال، وقال الشافعي: لا يصح إذ ما اشتراه كل [واحد] [٣] منهما ملكه [٤].

قلنا: هي وكالة فيملكانه كلاهما، وحذف المؤلف [عليلم] [٥] قوله في الأزهار " وَيُعَيِّنَانِ الْجِنْسَ إنْ خَصَّا "[٦] لعدم الحاجة إليه إذ هي مبنية على التوكيل فإن أراد جنساً مخصوصاً ذكراه وإلا كانت عامة كما [هي] [٧] في الوكالة، هذا حاصل ما ذكره في الشرح [٨].

والذي في الغيث [٩/] ما لفظه: "ويعينان الجنس الذي يتصرفان فيه حتماً لأن هذه الشركة مبنية على التوكيل، ولا تصح الوكالة ما لم يبين الموكل للوكيل جنس ما يوكله بشرائه وصفته.

قيل ل ح: هذا إذا لم يفوضا بل أرادا جنساً من الأجناس وكذا في الوكالة، وإنما يلزم تعيين الجنس إن خصا أي لم يفوضا [١٠].

---

1 - التفريعات (خ).
2 - الغيث لمدرار ج٣(خ) .
3 - الزيادة من (ب).
4 - البحر الزخار (١٠ / ٦٣)و المبسوط للسرخسي (ج١١/ص١٦٧). و المهذب (ج١/ص٣٤٦).
5 - الزيادة من (ب).
6 - الأزهار - (١ / ١٢٨).
7 - الزيادة من (أ).
8 - شرح الأزهار - (٣ / ٣٦٠).
9 - نهاية ورقة ٣٣٤ من (أ).
10 - الغيث المدرار ج٣(خ) .

قوله عليلم :" **وَهِيَ كَالْعِنَانِ غالباً** " أي حكم هذه الشركة حكم شركة العنان فيما تقدم ذكره.

قال في التفريعات: حكم هذه الشركة حكم شركة العنان في أن ما لزم أحدهما لم يطالب به الآخر ما لم ينطقا بالتفويض [١].

وقوله "غالباً " قال في [٢/] الشرح: احتراز من أن يشرط تفضيل العامل فإن الشرط غير لازم بل الربح على حسب رأس المال مطلقاً لأنها ليست معقودة على مال، وإنما الربح مستحق على الضمان وقد قال صلى الله عليه وآله "الخراج بالضمان"[٣] فإذا شرط خلافه أدى إلى تضمين الشريك، وهو لا يضمن بخلاف العنان فهي معقودة على مال فشابهت المضاربة انتهى [٤].

وقال في البحر: وَهِيَ كَالْعِنَانِ إلَّا أَنَّ الرِّبْحَ[٥] فِيهَا يَتْبَعُ الْمَالَ وَإِنْ شَرَطَا خِلَافَهُ إذْ يُؤَدِّي إلى رِبْحِ مَا لَمْ يَضْمَنْ ، وَقَدْ نُهِيَ عَنْهُ [٦].

وإنما قدم المؤلف [عليلم] [٧] قوله "جزءا معلوماً" لأنه أصرح بالمقصود بخلاف عبارة الأزهار فربما توهم خلاف المقصود كما لا يخفى.

والمراد "بالجزء المعلوم" نصف أو ثلث أو ربع أو غير ذلك فيكون ما يحصل من الربح بينهما على حسب ما جعلا لكل واحد منهما ويكفي في عقدها أن يقولا عقدنا شركة الوجوه ولا يجب بيان من يستقرضان منه خلاف الإمام ح والفقيه ل [٨].

قيل [ل] [٩]: فلو عقداها على أن يكون الضمان عليهما فيما يستقرضانه[١٠] ولم يبينا قدر الضمان صحت وكان الضمان نصفين ولو كان أحدهما أبصر في التجارة فلا زيادة له [١١].

---

1 -التفريعات (خ).
2 - نهاية ورقة ٣٤٩ من (ب).
3 -سبق تخريجه صـــــ٦٠٥ .
4 - الغيث المدرار ج٣(خ) .
5 - في (ب)" الخسر".
6 -البحر الزخار (١٠ / ٦٤) .
7 - الزيادة من (أ).
8 - البيان لابن مظفر (٣/٢٥٠) .
9 - الزيادة من (ب).
10 - في (ب)" يستقرضان".
11 -المرجع السابق.

الْأَبْدَانِ: أَنْ يُوَكِّلَ كُلٌّ منهما "أي مِنْ جَائِزِي التَّصَرُّفِ " **الْآخَرَ أَنْ يَعْمَلَ و يَتَقَبَّلَ عَنْهُ فِي قَدْرٍ مَعْلُومٍ ممَّا اُسْتُؤْجِرَ عَلَيْهِ** "وهذه الشركة إنما تكون في الصناعات والأعمال فيوكل كل واحد من الصانعين صاحبه أن يتقبل عنه نصف ما يأتيه من الأعمال أو ثلثه أو ربعه أو نحو ذلك، وأن يعمل عنه ثم هو مخير بين أن يعمله عنه أو يدفعه إليه ليعمله هو وسواء اتفقت صناعتهما، أو اختلفت كنجار وخياط ونحو ذلك خلاف مالك وزفر فشرطا اتفاق الصنعة (١).

قيل: ولا بد أن يبينا جنس صناعتهما وإن اختلفت كما تقدم، أو يفوض كل واحد منهما صاحبه في التقبل عنه في كل ما يأتي إليه ثم لا يحتاج عند عقد الإجارة إلى [أن] (٢) نصف إلى شريكه ولهما أن يعملا مجتمعين أو مفترقين.

وقال ك: يشترط اجتماعهما وأيهما عمل العمل وحده فأجرته لهما معاً وإن عمل أحدهما ولم يعمل الآخر فكما مر في شركة العنان (٣).

فــــــرعٌ : وهذه الشركة معقودة على التوكيل فيصح في كل ما يصح التوكيل فيه، ومن ذلك عمل المعادن بالاخلاص عند العترة ومالك وأحمد كسائر الصناعات، وذهب الفريقان إلى أنها لا تصح في عمل المعادن لتجويز أن لا يحصل المطلوب (٤).

قلنا: الغالب الحصول ولا عبرة بالنادر.

واختلف في المباحات كالصيد والاحتشاش، واستخراج المعدن ونحوها، فعلى تخريج أبي طالب، وهو قول الفريقين لا يصح لتجويز أن لا يحصل المطلوب ولجهالة العمل، وعلى تخريج المؤيد والإمام ح للهادي وهو قول ك وأحمد يصح كالتوكيل في ذلك وكالخياطة (٥).

قلنا: لا نسلم صحة التوكيل في ذلك والخياطة معلومة فافترقا قالوا اشتراك سعد بن أبي وقاص، وعمار بن ياسر، وابن مسعود يوم بدر فيما يغنمون والصيد كذلك.

قلنا حكاية فعل والفعل لا ظاهر له يؤخذ به على ما هو مقرر في كتب أصول الفقه (٦).

---

1 - التاج والإكليل (ج٥/ص١٣٦). وبدائع الصنائع (ج٦/ص٦٥).
2 - الزيادة من (أ).
3 - القوانين الفقهية ج١/ص١٨٧ و بداية المجتهد ج٢/ص١٩٢ .
4 - البحر الزخار - (١٠ / ٧٤).
5 - المرجع السابق.
6 - البحر الزخار (١٠ / ٧٥)بنحوه .

قلت: وهذا الحديث أخرجه أبو داود من رواية ابن مسعود قال اشْتَرَكْتُ أنا وَعَمَّارٌ وَسَعْدٌ فِيمَا نُصِيبُ يوم بَدْرٍ فَجَاءَ سَعْدٌ بِأَسِيرَيْنِ ولم أَجِئْ أنا وَعَمَّارٌ بِشَيْءٍ "انتهى [١].

قال في الشرح:واعلم أنه يشترط أن يتقبل عنه، وأما العمل فلا يشترط بل يصح سواء نوى العمل لشريكه أم لم ينو وإنما يشترط أن لا ينويه لنفسه فقط ولذلك لم يذكر المؤلف عليلم [لفظه] [٢] عنه إلا بعد التقبل انتهى [٣].

قوله عليلم : " **والْأُجْرَة فيها و الضَّمَان يَتْبَعَانِ التَّقَبُّلِ** " أي تكون الأجرة والضمان حسب التقبل، فصاحب النصف يستحق نصف الأجرة ويضمن نصف العين المعمول فيها، وصاحب الثلث يستحق نصف الأجرة، ويضمن نصف العين المعمول فيها وصاحب الثلث يستحق الثلث، ويضمن الثلث ونحو ذلك، وهي معقودة على التوكيل بالعمل كما تقدم.

ويدخل الضمان فيها تبعاً فما لزم أحدهما من عمل أو ضمان لم يطالب به الآخر بل يطالب به المتقبل، وهو يرجع على شريكه بقدر حصته كما يرجع الوكيل على موكله هذا هو المختار للمذهب، وهو قول المؤيد وأحد قولي أبي العباس وأحد احتمالي أبي طالب أنها معقودة على الضمان بالعمل فما لزم أحدهما طولب به الآخر [٤].

قال في الشرح: وإنما قال الضمان ولم يقل الخسر مثل ما في الأزهار لأنه الحقيقة بخلاف الخسر فلا يطلق على ما تلف انتهى [٥].

فـــــرع: قيل: ولا تصح الشركة في إجارة الحيوان نحو أن يؤجرا دوابهما على أن يكون الكراء بينهما بل يكون كراء الدابة لصاحبها وإذا كان الذي أكراها غير مالكها استحق على مالكها أجرة ما عمل له [٦].

فـــــرعٌ: قيل ومن أعطى غيره بيضاُ ليجعله تحت دجاجة[٧] على أن يكون ما يحصل من الفراخ بينهما نصفين أو أثلاثاً، فإن ذلك لا يصح لجهالة الأجرة بل يكون الفراخ

---

1 - أخرجه أبو داود في سننه -كتاب البيوع -بَاب في الشَّرِكَةِ على غَيْرِ رَأْسِ مَالٍ -رقم٣٣٨٨ (ج٣/ص٢٥٧)وهو صحيح . ينظر صحيح وضعيف سنن أبي داود - رقم ٣٣٨٨ .

2 - الزيادة من (أ).

3 -الجامع في الشرح (خ).

4 - شرح الأزهار - (٣ / ٣٦٢)بنحوه .

5 -الجامع في الشرح (خ) .

6 - البيان لابن مظفر (٢٥٤/٣) .

7 - في (ب)"دجاجته".

لصاحب البيض، ولمالك الدجاجة أجرتها فإن جرت العادة بإجارتها[1] لذلك بالنقد أو نحوه وجب أجرة مثلها [2].

قيل ل: فلو كانت العادة إجارتها بنصف الفراخ [وجب قيمة نصف الفراخ] [3] يوم فطامها وإن لم تجر العادة بإجارتها [لذلك] [4] قط فقيل تحت قيمة بيضها التي كانت تبيض في تلك المدة لو لم يحضن [5].

وقيل: ما ينقص من قيمتها بالحضن فلو طارت الدجاجة من فوق البيض فلا أجرة لها لأنها قد أبطلت فعلها، وإن استأجر الدجاجة على [حضن] [6] نصف البيض مدة معلومة بنصفها صح ذلك، وإن استأجرها على حضنها الكل بنصفها كان على الخلاف الذي مر فيمن استؤجر على عمل شيء أو حمله بنصفه [7].

فـــــرعٌ: وإن[8] [9/] [اشتركا فيما يتملكانه من الزكاة أو الهبة أو نحوها فإن وقع الصرف في الزكاة أو الهبة لأحدهما وجده كانت له وحده ولو نواه[10] له ولشريكه، أو ولمن وكله كان لهما معاً وإن لم يذكر[11/]اسم شريكه] [12][13].

فـــــرعٌ: قال في البحر: " وَالشَّرِكَةُ فِي طَعَامِ الْمَزَاوِدِ صَحِيحَةٌ سنة لفعله صلى الله عليه وآله وهو أنه َخلْطَ أَحَدُ الرَّجُلَيْنِ طَعَامَهُ بِطَعَامِ الْآخَرِ وَيَأْكُلَانِ جَمِيعًا وَقَدْ قَالَ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ "خَيْرُ الطَّعَامِ مَا اجْتَمَعَتْ عَلَيْهِ الْأَيْدِي وَكَانَ أَصْلُهُ حَلَالًا" انتهى [14].

قلت: أما الأول ففيه ما رواه أبو هريرة قال كنا مع النبي صلى الله عليه وآله **في** سفر[15] قال فَنَفِدَتْ أَزْوَادُ الْقَوْمِ قال حتى هَمَّ[16] بِنَحْرِ بَعْضِ حَمَائِلِهِمْ قال فقال عُمَرُ يا رَسُولَ اللَّهِ لو

---

1 - في (ب)"بأجرتها".
2 - البيان لابن مظفر (٢٥٤/٣) .
3 - الزيادة من (ب).
4 - الزيادة من (ب).
5 - البيان لابن مظفر (٢٥٥/٣) .
6 - الزيادة من (أ).
7 - المرجع السابق.
8 - في (ب)"وإذا".
9 - نهاية ورقة ٣٣٥ من (أ) .
10 - قيل في تعليق الزيادات في كتاب الزكاة لأن هذا مما يجب فيه الإضافة تمت. تعليق في الحاشية من (ب).
11 - نهاية ورقة ٣٥٠ من (ب).و ٣٥١ مكررة.
12 - سقط من (أ).
13 - البيان لابن مظفر (٢٥٤/٣).
14 - لم أعثر عليه في كتب الحديث.
15 -في مسلم "مسير".
16 -في المخطوط "همو" .

جَمَعْتَ ما بقى من أَزْوَادِ الْقَوْمِ فَدَعَوْتَ اللَّهَ عليها قال فَفَعَلَ قال فَجَاءَ ذُو الْبُرِّ بِبُرِّهِ وَذُو التَّمْرِ بِتَمْرِهِ قال وقال مُجَاهِدٌ وَذُو النَّوَاةِ بِنَوَاهُ قلت وما كَانُوا يَصْنَعُونَ بِالنَّوَى قال [كَانُوا] [1] يَمُصُّونَهُ وَيَشْرَبُونَ عليه الْمَاءَ قال فَدَعَا عليها حتى مَلَأَ الْقَوْمُ أَزْوِدَتَهُمْ قال **فقال عِنْدَ ذلك أَشْهَدُ** أَنْ لَا إِلَهَ إلا الله وَأَنِّي رسول اللَّهِ لَا يَلْقَى اللَّهَ بِهِمَا عَبْدٌ غير شَاكٍّ فِيهِمَا إلا دخل الْجَنَّةَ".أخرجه مسلم[2]، وليس بصريح في المقصود [هنا] [3].

وأما الثاني ففيه [عن] [4] جابر ما لفظه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله:" إن أحب الطعام إلى الله تعالى[5] ما كثرت عليه الأيدي" رواه أبو يعلى والطبراني [و] [6][7]أبو الشيخ[8]، وقال المنذري:" فيه نكارة " والله أعلم [9].

فـــــرعٌ: ويصح في الزراعة نحو أن يكون من أحدهم الأرض ومن الثاني البقر ومن الثالث آلة العمل ومن الرابع العمل [ويكون النذر منهم أرباعاً على أن ما حصل من الزرع يكون بينهم أذراعاً.

فـــــرعٌ: قال في البحر: وَلَوْ اشْتَرَكَ أَرْبَعَةٌ فِي أُجْرَةِ الطَّحْنِ عَلَى أَنَّ مِنْ أَحَدِهِمْ الْمُنْخُلَ وَمِنْ أَحَدِهِمْ الرَّحَى وَمِنْ الثَّالِثِ الْبَيْتُ وَمِنْ الرَّابِعِ الْعَمَلُ] [10] صَحَّتْ وَكَانَتْ بَيْنَهُمْ أَرْبَاعًا.

قيل : يعني حيث شرطوا ذلك قال: كَلَوْ اشْتَرَكَ حَائِكٌ وَصَبَّاغٌ وَنَجَّارٌ وَقَصَّارٌ "انتهى [11].

قوله عليلم:" **وَالْقَوْلُ لذي اليد فِي الْأُجْرَةِ عكس الضَّمَانِ** " قال في الشرح: يعني إذا وقع الاختلاف في [قدر][12]الأجرة أو في قدر كم لكل واحد منهما، وكذا في تلفها فالقول قول من العين في يده، وإن[13] وقع الاختلاف في الضمان كأن يقول أحدهما لصاحبه عليك ضمان

---

1 -سقط من المخطوط .
2 -أخرجه مسلم في صحيحه -كِتَاب الْإِيمَانِ - بَاب الدَّلِيلِ على أَنَّ من مَاتَ على التَّوْحِيدِ دخل الْجَنَّةَ قَطْعًا -رقم٢٧ (ج١/ص٥٥).
3 - الزيادة من (ب).
4 - سقط من (أ).
5 - في (أ)" سبحانه "والصحيح ما أثبته.
6 - الزيادة من (ب).
7 - أخرجه أبو يعلى في مسنده–تابع مسند جابر -رقم٢٠٤٥ (ج٤/ص٣٩). والطبراني في المعجم الأوسط -من اسمه محمد (ج٧/ص٢١٨) .
8 -هو أبو الشيخ عبد الله بن محمد بن جعفر بن حيان الحياني الأصبهاني الحافظ كنيته أبو محمد وأبو الشيخ لقب طاف البلاد وسمع ببغداد، كان من الثقات المكثرين حدث عنه الحافظ أبو نعيم ومحمد بن احمد بن عبد الرحيم في آخرين. تكملة الإكمال (ج٢/ص١٩٩).
9 - فيض القدير –حرف الهمزة (ج١/ص١٧٢).
10 - سقط من (ب).
11 - البحر الزخار - (١٠ / ٧٧) .
12 - سقط من (أ).
13 - في (ب)"فإن".

نصف، ويقول الآخر بل ثلث أو نحو ذلك [وكذا] [١] في التلف وقدر التالف فالقول قول من ليست العين في يده لأن الأصل عدم ذلك عكس الأول فكان القول في ذلك قول منكر خلاف الأصل، والبينة على مدعيه ولقصد هذا المعنى عدل عن عبارة الأزهار لأنها توهم أن القول لدى اليد مطلقاً، وليس كذلك انتهى [٢].

فائـــدة: قيل إذا ثبت للشريكين دين على الغير ثم قبض أحدهما منه قدر حصته ونواه لنفسه لم ينفرد به بل يكون لهما معاً لأنه يقبضه[٣] بالوكالة إلا أن يستوفي شريكه حصته من الغريم صار ما قبضه له وحده وكذا في الورثة إذا قبض بعضهم [قدر] [٤] حصته من دين الميت كان لهم الجميع لأنه يقبضه[٥] بالولاية ولو نواه لنفسه إلا أن يستوفي الباقون حصتهم[٦]، والمراد بذلك حيث قبض ما قبضه من جنس الدين الواجب لا من غير جنسه فيصح في نصيبه فقط، وأما ما كان مشتركا من غير ما تقدم نحو ثمن مبيع أو نحوه لاثنين أو أكثر فمن قبض منهم قدر حصته فهو له لأنه ليس له ولاية ولا وكالة على قبض حق الآخر والله أعلم [٧].

---

1 - في (أ)"كررت مرتين "فحذفت إحداهما.

2 -الجامع في الشرح (خ) .

3 - في (ب) "يقتضي".

4 - سقط من (أ).

5 - في (ب)" يقتضيه ".

6 - في (ب)" حقهم ".

7 - البيان لابن مظفر (٢٥٥/٣).

"فَصْـــــــلٌ"

" **وتبطل كُلُّ هَذِهِ الشِّرَكِ بِالْفَسْخِ والْمَوْت ونحوهما** " أما الفسخ فظاهر إذ هي جائزة من الطرفين لكن ليس لأحدهما أن يعزل نفسه إلا في وجه صاحبه أو[١] بعد أن يبلغه خبره ويصح أن يعزل شريكه ولو في الغيبة كما في الوكالة إذ كل واحد منهما وكيل للآخر كما تقدم، وأما الموت فذكره أبو العباس ووجهه ما تقدم من أنها وكالة فتبطل بالموت [٢].

قيل ع : ويقتسم الورثة العروض ولا يجبرون على البيع لأنها شركة بخلاف المضاربة[٣]، والمراد" بنحو الفسخ" أن يجحد أحدهما عقد الشريك في حضرة صاحبه فإنها تبطل، لأن ذلك عزل لنفسه من الوكالة ولصاحبه من التوكيل، ومن ذلك اختلاف الصانعين في الأجرة أو الضمان نحو أن يقول أحدهما لي نصف الأجرة، ويقول الآخر ثلثها، ونحو أن يقول أحدهما عليّ من الضمان ثلثه، ويقول الآخر بل ثلثاه، فإنها تنفسخ فيما بينهما في المستقبل، والمراد بنحو الموت الردة مع اللحوق، وإنما عدل المؤلف عليلم عن عبارة الأزهار للاختصار، ولأن عبارة الأزهار توهم أن الجحد والردة يبطلان الشركة مطلقاً من دون تقييد في الجحد بالحضور ومن دون تقييد الردة باللحوق، وليس المراد إلا ما ذكره المؤلف عليلم، وهذا التفصيل هو الذي اختاره الإمام المهدي عليلم في الغيث[٤]، وذكره في الأزهار في الوكالة، وقد قيل أنه يحمل المطلق، وهو ما ذكره في الأزهار هنا على المقيد [وهو] [٥] ما ذكره في الوكالة [٦].

قوله عليلم: " **وِيَدْخُلَهَا التَّعْلِيقُ والتَّوْقِيتُ**" يعني أن هذه الشركة الأربع يصح تعليقها وتوقيتها فالتعليق أن يعلق عقدها على شرط مستقبل نحو إذا جاء زيد فقد عقدنا شركة كذا أو نحو ذلك، فمتى حصل الشرط انعقدت وإلا فلا، وأما التوقيت فنحو أن يقول[٧] عقدنا شركة كذا سنةً أو شهراً أو نحو ذلك، وإنما صح ذلك فيها لأنها وكالة، والوكالة يصح تعليقها وتوقيتها كما سيأتي، [إن شاء الله تعالى] [٨].

---

1 - **في (ب)" و ".**
2 - **شرح الأزهار - (٣ / ٣٦٣) .**
3 - **المرجع السابق.**
4 - **الغيث المدرار ج٣(خ) .**
5 - **في (ب)" كررت مرتين فحذفت الأخرى ".**
6 - **الأزهار - (١ / ١٧٧)و (١ / ١٢٨).**
7 - **في (ب)" يقولا ".**
8 - **الزيادة من (ب).**

"بَابُ شَرِكَةِ الْأَمْلَاكِ"

هي أربعة أنواع أيضاً، أولاها شركة السفل والعلو، يجوز ضم السين والعين وكسرهما، فإذا كان لرجل سفل بيت ولرجل آخر علوه، أما عن قسمة أو بأن يشتري أحدهما من الآخر، فإنه إذا أنهدم السفل، فأراد صاحب العلو أن يبني علوه، وامتنع صاحب السفل عن بناء سفله، فقد بين المؤلف عليلم الواجب في ذلك بقوله " **يُجْبَرَ رَبُّ نحو السُّفْلِ عَلَى إصْلَاحِهِ لِيَنْتَفِعَ مستحق نحو التَّعْلِيَةِ**" بأن يفعلها، وسواء كانت التعلية ثابتة قبل الانهدام أم لا، لأن العبرة باستحقاقها وهي تستحق، أما بأن يبيع سفل الدار ويستثني علوها، أو يبيع الكل ويستثني التعلية، أو حق التعلية، وأما [١/] لو استثنى ما فوق المبيع من الهواء، فإنه إذا انهدم لم يجبر مالكه على إصلاحه إذ لا يستحق[٢/] المستثنى العمارة عليه، وقد خرجت هذه الصورة من مفهوم قوله "مستحق نحو التعلية" ، هكذا في الشرح، [٣]وكأنه أراد بهذه الصورة غير ما استثناه في الأزهار بقوله "غالباً"[٤]، والذي في الغيث ما لفظه "وقلنا "غالباً" احتراز من أن تكون التعلية استثناها بائع السفل فإنه إذا أنهدم السفل في هذه الصورة لم يجبر على إصلاحه، لأن التعلية غير مستحقة لصاحبها هنا إلا حيث السفل معمور لأن المستثنى كأنه قال واستثنيت التعلية إن كان البناء قائماً.

قال: واعلم أن في المسألة مذهبين:

الأول: المذهب، وهو قول مالك وقديم قولي ش: أنه يجبر، وقال ح وأحد قولي ش وروى عن زيد والناصر والمنصور: [أنه] [٥] لا يجبر انتهى [٦].

حجتنا أنه قد ثبت لصاحب العلو حق في بناء السفل لا يبطله انهدامه ولا يتمكن من استيفاء حقه إلا ببناء السفل فوجب على مالكه تمكينه من استيفاء حقه بعمارة السفل كما يجب على صاحب العين المؤجرة إصلاحها ليتمكن المستأجر من استيفاء منفعتها ونحو ذلك، وشبهه أبو[٧] حنيفة ومن وافقه أن الإنسان لا يجبر على عمارة ملكه لنفع نفسه فلا

---

1 - نهاية ورقة ٣٢٢ من (ب).
2 - نهاية ورقة ٣٣٦ من (أ).
3 - الجامع في الشرح (خ) .
4 - الأزهار - (١ / ١٢٩).
5 - الزيادة من (أ).
6 - الغيث المدرار ج٣(خ). و جامع الأمهات (ج١/ص٣٩٥). و حاشية الدسوقي (ج٣/ص٣٦٥). و المهذب (ج١/ص٣٣٧). و روضة الطالبين (ج٤/ص ٢١٦). و الدر المختار (ج٥/ص٤٤٣).و المبسوط للسرخسي (ج١٧/ص٩٢). و البحر الرائق (ج٤/ص٢٣٦).
7 - في (أ) "أبي" والصحيح ما أثبته.

يلزمه ذلك لدفع الضرر عن غيره لكن يصلحه صاحب العلو، ويحبسه عن مالكه حتى يوفيه غرمه .

قلنا: لم يقل بأنه يجبر على ذلك إلا لأجل حق غيره كما تقدم، فلا وجه لما ذكروه والله أعلم.

وأراد بنحو السفل، الأرض التي فيها حق مسيل أو طريق للغير، فإنه يجب على صاحب الأرض إصلاحها ليتمكن صاحب الحق من استيفاء حقه فلو كانت حرية سقيها موج وهي لاثنين لأحدهما الْمُدْغَرِ، وللآخر الْمَوْقِرِ[١] فارتفع الْمُدْغَر[٢] فإنه يجب على صاحبه إصلاحه، ولا يكون له أن يعقم على ملكه لأن في ذلك مضرة على صاحب الموقر، وكذا يجب على صاحب الموقر أن يصلحه إذا خرب فإن لم يفعل كان لصاحب المدغر أن يعقم على نصيبه .

قيل ح حميد: ولو كانت ساقيه لضيعتين فارتفعت إحداهما فلم يدخلها الماء وطلب صاحبها نقل موضع قسمة الماء إلى أعلى من الموضع المعتاد أجيب إلى ذلك ذكره المؤيد، وقيل ل: قال في البحر:" وَهُوَ أَقْرَبُ إنْ تَضَرَّرَ شَرِيكُهُ بِالنَّقْلِ" انتهى [٣].

قال في الشرح: وإنما قال المؤلف عليلم في الأول رب، وفي الثاني مستحق لأن المراد بالأول الملك، وبالثاني [الحق والملك] [٤] إذ الاستحقاق يفيده، وهذا هو المراد بنحو التعلية ومن نحو التعلية الجذوع والخشب المستحقة على الجدار، فإنه إذا أنهدم وجب على ربه إصلاحه [٥].

قوله عليلم :" **فَإِنْ أَعْسرَ أَو نحوه أصلح كالأول وبه** " يعني فإن أعسر رب السفل أو نحو الإعسار إن تغيب أو تمرد عن الإصلاح، فإن صاحب العلو يقوم مقامه في إصلاح السفل إجْمَاعًا لِيَتَمَكَّنَ مِنْ استيفاء حَقِّهِ .

قال أبو طالب وأبو حنيفة: وَلَا يَحْتَاجُ إلى إذْنِ حَاكِمٍ [٦] في ذلك لأن وِلَايتهُ أَخَصُّ ، وقال المؤيد بَلْ يَحْتَاجُ إلى إذن الحاكم كما في بيع مَالِ الْمَدْيُونِ[٧].

---

1 - الَّذِي يَقَرُّ فيه الْمَاءُ . ينظر التاج المذهب لأحكام المذهب - (٥ / ٦٨).

2 - أَيْ مَدْخَلُ الْمَاءِ إلى الْأَرْضِ "التاج المذهب لأحكام المذهب - (٥ / ٦٨)..

3 - البحر الزخار - (١٠ / ٨٢) .

4 - في (ب)" الحق والملك "بدل مابين المعقوفتين.

5 -الجامع في الشرح (خ) .

6 - في (ب) "الحاكم".

7 - البحر الزخار - (١٠ / ٨٣) .

قلنا: لا شركة هناك فافترقا، وقلنا[1] "كالأول وبه" معناه أن الواجب أن يعاد السفل كما كان أولى من دون زيادة في سمكه، ولا طوله ولا عرضه، وأن يعاد بمؤنته الأولى حيث هي موجودة لا بغيرها.

قوله عليلم :" **فَإِنْ لم يكف زاد** " معناه فإن لم يكف النقص الحاصل من انهدام البناء الأول كان لصاحب العلو أن يزيد عليه حتى يصير مثل ما كان أولا من دون زيادة .

[و] [2] قوله عليلم :" **فإن خالف فحكمها** "معناه فإن خالف صاحب العلو ما تقدم ذكره بأن أعاده أعلى مما كان أو بناه بغير آلته الأولى مع وجودها وكفايتها فإنه يعمل في ذلك بحكم المخالفة وحكمها يختلف فحيث يعمر بآلة منه مع وجود الأولى هو متبرع فلا شيء له إن نواها لصاحب السفل، وإن لم ينوها له فهو متعد ولا شيء له بل يجب عليه أن ينقض ما عمر، وأما مع عدم الآلة الأولى فإن عمر بآلة منه مثلها ونواها لصاحب السفل رجع عليه بقيمتها و[3] بما غرم مما هو معتاد وإن لم ينوها له فهي باقية على ملكه حتى يسلم له صاحب السفل قيمتها قائمة غير مستحقة للبقاء، وله بيعها من الغير لكن لصاحب السفل أخذها نحو الأولوية، وإن عمر بآلة منه أعلى من آلته الأولى، لم يستحق قيمة الزيادة لأنه متبرع بها وإن كانت أدنى من آلته الأولى، قيل فالأقرب أنه يجبر صاحب السفل بين أخذها بقيمتها وبين تركها لصاحبها ويأمره برفعها ثم يكون الكلام كما كان قبل العمارة بها [4].

قوله عليلم: " **ثم يَحْبِس أَوْ نحوه بما حق له** "يعني [ثم] [5] إذا بنى[6] السفل صاحب العلو حيث له ذلك كان له أن يحبس السفل عن مالكه أو نحو الحبس، وهو أن يكريه أو يستعمله.

وقوله "بما حق له" معناه[7] بما ثبت له وصار يستحقه على مالكه من الغرامة فيحبسه عنه حتى يسلم له ما غرمه[8] أو يكريه من غيره حتى يستوفي من الكراء ما غرمه، أو يستعمله بقدر غرامته ثم يرده لصاحبه، ولا يحتاج في ذلك إلى إذن الحاكم على المذهب كما هو ظاهر الأثمار وأصله، وصرح به في البحر وفيه "عن أبي حنيفة بِأَمْرِ الْحَاكِمِ فِي الْغَائِبِ.

---

1 - في (ب) "وقوله" .
2 - الزيادة من (أ) .
3 - في (ب) "أو" .
4 - البيان لابن مظفر (٢٥٨/٣) .
5 - الزيادة من (أ) .
6 - في (أ) زيادة "صاحب" وهي غير مستقيمة للعبارة والمعنى.
7 - في (ب) "يعني" .
8 - في (ب) "غرم" .

قُلْنَا: وِلَايَتُهُ أَخَصُّ انتهى [١].

قال في الشرح: [و] [٢] لكن إنما يكون له الرجوع إذا [نواه] [٣] حاله الفعل وإن لم ينوه لم يكن له ذلك، وقد فهم هذا المعنى من قوله بما حق له لأنه لا يحق له ذلك إلا مع نية الرجوع كسائر الأفعال التي لا يكون فاعلها متعدياً فيها مثل الحاضنة ونحوها انتهى [٤].

قوله عليلم: " **وَلِكُلٍّ أَنْ يَفْعَلَ مَا لَا يَضُرُّ بِالْآخَرِ** [٥] "أي ويجوز لكل واحد من مالكي العلو[٦/] والسفل أن يفعل في ملكه ما لا يضر بالآخر من بناء أو[٧] فتح باب، أو طاقة أو غرز خشبة، أو غير ذلك، أو بيع أو تأجير أو نحوهما، وعن أبي حنيفة لا يجوز التعلية ولا الإكراه ونحوهما مطلقاً لأنها لا تؤمن المضرة، وإن لم يحصل في الحال [٨].

قلنا: إنما جوزنا ما لا مضرة فيه، فأما ما فيه مضرة فلا فلو أراد أحدهما تأجير ملكه من حداد، أو قصار أو نحوهما، مما فيه مضرة على صاحبه منع من ذلك لأن لكل واحد منهما حقاً في ملك الآخر فلا يجوز له فعل ما يضره .

فــــــرعٌ: ويجوز لصاحب السفل أن يبيع بناء سفله قائماً، وأما بعد انهدامه فإن باع إليه فقط صح، حيث هو موسر، ويجبر على إبدالها بمثلها، وإن كان معسراً فلصاحب العلو نقض بيعه، وإن [باع] [٩] آلته وعرصته صح بيعه، وأجبر المشتري[١٠/] على عمارته فإن كان جاهلاً لثبوت حق العلو عليه، خير لأن ذلك عيب وإذا تشاجرا في قدر ارتفاع السفل في الهواء، فالبينة على من ادعى الزيادة على المعتاد، ويجوز أيضاً لصاحب العلو بيع بناء علوه قائماً، وكذا بيع نقضه، فأما بيع الهواء فلا يصح على المذهب، وهو يدل على أنه حق عندهم لا ملك إذ لو كان ملكاً لصح أن يباع منه أذرع معلومة، وعند الشافعي أن بيع الهواء يصح، وكذا يصح عنده بيع الحقوق المستقلة كحق الاستطراق [ونحوه] [١١] [١٢].

---

1 - **البحر الزخار - (١٠ / ٨٣) و تبيين الحقائق (ج٤/ص ١٢٩).**
2 - **الزيادة من (أ) .**
3 - **سقط من(ب) .**
4 - **الجامع في الشرح (خ) .**
5 - **في (ب) "الاخر" .**
6 - **نهاية ورقة ٣٥٣ من (ب).**
7 - **في (ب) "و" .**
8 - **البحر الرائق (ج٧/ص٢٩) بنحوه .**
9 - **سقط من (ب) .**
10 - **نهاية ورقة ٣٣٧ من (أ).**
11 - **الزيادة من (أ).**
12 - **البيان لابن مظفر (٢٥٩/٣) و الحاوي الكبير (ج٦/ص٤١١). و المحلى (ج٩/ص١٩) .**

فائـــدة: قيل إذا اشترى اثنان أو جماعة شيئاً لينتفعوا به في منفعة مخصوصة، تراضوا بها قبل شرائه كحيوانٍ للذبح أو للحرث أو للركوب، أو نحو ذلك، ثم امتنع أحدهم من ذلك وطلب أن ينتق به في منفعةٍ أخرى فقيل [الفقيه] [١] س ليس له ذلك بل يجبر على ما تراضوا بشرائه له وقال ابن الخليل وأبو مضر والأستاذ: بل له ذلك [٢].

فائـــدة أخرى: قيل وإذا كان لجماعة حصن أو نحوه يحتاج إلى من يقف فيه يحفظه كانت أجرته عليهم على قدر أملاكهم فيه، ومن امتنع منهم أجبر على ذلك أو على حفظه في قدر حصته من الزمان [٣].

قوله عليه السلام :" **وَيَضْمَنُ مَا أَمْكَنَهُ دَفْعُهُ مِنْ أَضْرَارِ نَصِيبِهِ**" أي [و] [٤]يضمن كل واحد من مالكي العلو والسفل ما وقع من ضرر من جهة ملكه على صاحبه، أو[٥]على غيره إذا[٦] كان عالماً [به] [٧] متمكناً من إصلاحه فإذا أختل العلو أو السفل و[٨]علم مالكه بذلك، وكان متمكناً من إصلاحه فتراخى عن إصلاحه حتى انهدم فأضر بالآخر أو بغيره، فإنه يضمن أرش ذلك الضرر، فأما[٩] حيث لم يعلم بالخلل، أو علم ولم يتمكن من إصلاحه فلا شيء عليه إذ هو غير متعدٍ في سبب الضرر .

قوله عليلم:" **وَإِذَا تَدَاعَيَا نحوي السَّقْفَ والْفَرَسَ فلِذِي المزية إلا الكثرة ثم بينهما** " فإذا تنازع صاحب العلو والسفل في السقف الذي بينهما، فإن عرف أنه بينهما عن قسمة الدار فالظاهر بقاؤه بينهما ومن ادعى مصيره له فعليه البينة، فإن[١٠] التبس الحال فيه، فالظاهر أنه مشترك بينهما، حكاه الفقيه ي عن المنصور للمذهب وهو قول ش، وقال أبو حنيفة يحكم به لصاحب السفل، وحكاه في شرح الإبانة للمذهب.

وقال مالك: لصاحب العلو، واختاره المنصور للمذهب والسيد ح [١١].

---

1 - الزيادة من (أ).
2 - البيان لابن مظفر (٢٦٠/٣) .
3 - المرجع السابق.
4 - الزيادة من (ب).
5 - في (ب)"و".
6 - في (ب)"إن".
7 - الزيادة من (ب).
8 - في (أ)"أو".
9 - في (ب)"وأما".
10 - في (ب)"وإن".
11 - شرح الإبانة (خ) وشرح الأزهار(٣ / ٣٦٦)و حاشية الرملي (ج٢/ص٢٢٩). و الفتاوى الهندية (ج٤/ص١٠٣).والقوانين الفقهية (ج١/ص٢٢٣).

احتج أبو حنيفة بأنه مستقر على صاحب السفل فكان كحمل على ظهر حيوان، فإن اليد في الحمل لصاحب الحيوان، واحتج مالك بأن انتفاع صاحب العلو [به] [١] أكثر من انتفاع صاحب السفل، وإذا كان كذلك فثبوت يد صاحب العلو عليه أقوى، فيحكم له به كدابة تداعى فيها رجلان أحدهما راكب عليها والآخر[٢] ممسك بلجامها فهي للراكب.

وحجتنا أن لهما جميعاً عليه يداً وتصرفاً وانتفاعاً، وأنه مجاوز لملكهما على سواء فكان كجدار بين داريهما فيقسم بينهما، وهذا الخلاف حيث التبس الحال فيه كما تقدم.

وإذا تنازع شخصان في فرس أو نحوه ولا بينة لأيهما فإنه يحكم له للراكب دون القائد، أو السائق لأن يد الراكب [أقوى] [٣] ،فإن كانا راكبين كلاهما لكن أحدهما في السرج دون الآخر فإنه يحكم به لذي السرج، فإن كان أحدهما قائداً والآخر سائقاً فالأقرب أن يد القائد أقوى.

قال في الشرح: وأراد بنحو السقف الجدار والعرم مما ظاهره الاشتراك، وأرد بنحو الفرس الثوب ونحوه مما ظاهره عدم الإشراك فيحكم بالسقف والجدار والعرم والفرس والثوب لمن بيّن منهما أو حلف، أو نكل صاحبه دونه، وإلا حكم [بالعرم] [٤] للأعلى وبالجدار لمن اتصل ببنائه، ولذي الجذوع ثم لمن ليس إليه توجيه البناء ثم لذي التزيين والتجصيص أو القمط في بيت الجص وبالفرس للراكب ثم لذي السرج وبالثوب للابس دون الممسك [٥].

وقوله "إلا الكثرة" قال في الشرح: معناه إلا مزية الكثرة فإنه لا يكون المدعي لصاحبها نحو أن يكون جذوع أحد الشركاء أكثر من الآخر، فإن المزية هنا لصاحب الكثرة ولا يحكم له بالمدعي بل يكون نصفين.

واعلم أن قد دخل في عبارته [عليلم جميع] [٦] ما أراده[٧] الإمام المهدي عليلم في الأزهار مع اختصار، ولو كان [ذكر] [٨] صور الاختلاف هنا أرجح لأن ذكر ذلك هنا يفيد العموم لجميع أنواع هذه الشركة، وقد فهم أنه إذا كان أحدهما له مزية أقوى من الآخر كالبينة مع ثبوت اليد وكالراكب مع القائد ونحو ذلك كما مر، أنه يحكم بالمدعي لذي المزية القوية دون

---

1 - الزيادة من (ب).
2 - في (ب)"الثاني ".
3 - سقط من (ب).
4 - الزيادة من (ب).
5 - الجامع في الشرح (خ) .
6 - سقط من (أ).
7 - في (ب)"أراد" .
8 - سقط من (أ).

الآخر إذ لا مزية له مع ذلك ولذلك حكم لصاحبه، وكذا إذا استويا في الاختصاص فلا مزية حينئذ، وهو المراد بقوله ثم إذا لم تكن لأحدهما مزية مما يقضي بالحكم له دون صاحبه حكم بذلك بينهما، وذلك كالسقف ونحو ذلك انتهى بلفظه [١].

فـــــرع: وإذا بين من عليه البينة حكم له، وإن بين من القول قوله لم يسقط عنه اليمين، وإن بينا كلاهما حكم للخارج.

فائـــــدة: وإذا نزل تراب أرض رجل إلى أرض غيره بغير فعله فعليه رفعه، فإن أخرجه عن ملكه إلى [ملك] [٢] غيره لزم الملك الأجر رفعه، وإن أخرج أرضه عن ملكه فالتراب باقٍ له، وأما أجرة وقوفه في أرض الغير فلا يجب عند الهدوية لأنه بغير فعل فاعلٍ مختار، وعلى قول المؤيد يجب على الأول أجرة مدة بقائه على ملكه، وعلى الثاني من وقت ملكه له [٣].

---

1 - المرجع السابق.

2 - سقط من (ب).

3 - البيان لابن مظفر (٢٦٤/٣) و البحر الزخار - (١٠ / ٢٧٥) .

"فَصْـــــلٌ"

[في بعض أحكام الشركة في الحيطان ونحوها]

ولَا يُجْبَرُ مُمْتَنِعُ عن إحْدَاثِ [نحو] [١] **حَائِطٍ بَيْنَ نحو الْمِلْكَيْنِ** "هذا الفصل يتضمن ذكر بعض أحكام النوع الثاني من شرك الأملاك وهي الشركة في الحيطان ونحوها، [٢/] والمعنى أنه إذا طلب أحد المالكين للأرض أو الدار إحداث جدار بين ملكيهما فامتنع الآخر من ذلك، فإن الممتنع لا يجبره الحاكم لكن للطالب أن يعمره في ملكه إن أراد، وأراد المؤلف [عليلم][٣] بنحو الحائط العرم و الْفَرْجَيْنِ والخندق والسقف ونحو ذلك، وبنحو الملكين الملك والحق كالمتحجر، وكذا الملك والوقف أو الوقفين .

قوله عليلم:" **أو قسمة الحائط غَالِبًا** " يعني أو طلب أحدهما قسمة الحائط المشترك بينهما فامتنع الآخر فإن الممتنع لا يجبر على ذلك، هذا إذا كان الحق في الحائط لهما على سواء، والوجه في ذلك أن لكل واحدٍ منهما حقاً في ملك صاحبه، فليس له أن ينزع يده من ذلك الحق بالقسمة إلا برضاه ولا فرق بين أن يكون الجدار واسعاً أو ضيقاً على الأظهر لأنه إن كان واسعاً [٤/] ففي ملك كل واحد منهما حق لصاحبه، ومقتضى هذا أنه إن لم يكن لأيهما عليه حمل أجيب من طلب القسمة لأنه لا حق لأحدهما في ملك صاحبه حينئذ.

قال في الغيث: ذكر ذلك بعض المتأخرين وفيه نظر [٥].

وقوله "غالباً "احتراز من أن يكون ملكاً لهما واحدهما يستحق عليه الحمل دون الآخر، وطلب القسمة الذي يستحق الحمل فإنه يجبر الذي لا يستحق الحمل على القسمة، لأنه أسقط حق نفسه بخلاف ما لو طلبها من لا يستحق الحمل فإنه لا يجاب إلى القسمة إلا أن يرضى الآخر لأنه يريد إبطال حق شريكه من الحمل على ملكه.

قيل ح[٦]: وإنما يجاب الأول إذا كان الجدار واسعاً، بحيث يأتي نصيبه قدر جدار إذ لو كان ضيقاً لم يجب إلى القسمة أيضاً لأنه طلب ما هو سفه ولا يعتبر كونه يضمه إلى ملكه فينتفع بهما [٧].

---

1 - الزيادة من (ب).
2 - نهاية ورقة ٣٥٤ من (ب).
3 - الزيادة من (أ).
4 - نهاية ورقة ٣٣٨ من (أ).
5 - الغيث المدرار ج٣(خ) .
6 - في (ب)"ع".
7 - شرح الأزهار - (٣ / ٣٦٧) .

قال في الغيث: وقد يقال أما إذا كان له نصيب يضم إليه فينتفع بهما فلا سفه بل يجاب انتهى [١].

وما ذكره الفقيه ح هو الملائم لما يذكره أهل المذهب في القسمة كما سيأتي [إن شاء الله تعالى] [٢] .

قيل: والأقرب أنها لا تجب مطلقاً لأن لكل واحد منهما حقاً في مشاركة صاحبه له في عمارة الجدار [٣].

قوله عليلم: " **بَلْ عَلَى إعادته** " معناه بل يجبر الممتنع منهما على إعادة الحائط المشترك بينهما حيث انهدم أو بعضه، أو شارف الانهدام ليصل الآخر إلى حقه من الانتفاع به، وإنما يجب إعادته على صفته الأولى كما تقدم ذكره في مسألة السفل والعلو، ويأتي فيه ما تقدم من الخلاف والتفصيل، وقد فهم وجوب الإصلاح من ذكر وجوب الإعادة بطريق الأولى .

فائـــدة: قد تكرر أنه إنما يجب إعادة المنهدم ونحوه على صفته الأولى وبمثل آلته وليس ذلك على إطلاقه لأن المعلوم أن الجدار إذا كان طيناً فاختل أسفله لم يكن إصلاحه بالطين بل بالحجارة فيجب إصلاحه بها، وكذا قد لا يتم الإصلاح إلا بالقضاض ونحوه، فالأولى أن تعتبر الإعادة والإصلاح بما يحصل به تمام المقصود حسبما[٤] يعتاد في ذلك[٥] البلد والله أعلم .

قوله عليلم " **ولا يجوز أن يَفْعَلَ أَيُّهُمَا فيه إلا مَا وُضِعَ لَهُ في قدر حصته** " فإذا كان الجدار موضوعاً للستر أو التحرير لم يكن لأيهما أن يضع عليه بناء ولا خشباً، ولا يتد[٦] فيه وتداً، ولا يفتح فيه باباً ولا طاقة إلا بإذن الشركاء[٧]، وإن كان موضوعاً لهما وللحمل كالذي بين دارين أو حانوتين، فليس لأحدهما أن يضع عليه بناء ولا خشباً بحيث يشغله كله، وأما على بعضه بحيث يمكن شريكه أن يفعل مثله فعله بقدر حصته فظاهر الأثمار، وأصله جواز ذلك من دون إذن شريكه، وهو اختيار الفقيه س وقديم قولي ش [٨].

وقال أبو حنيفة: لا يجوز إلا بإذن شريكه [٩]، وحصله القاضي زيد للمذهب، وهو ظاهر

---

1 -الغيث المدرار ج٣(خ) .
2 - الزيادة من (أ).
3 - البيان لابن مظفر (ج٣/٢٦٧) .
4 - في (ب)"حسب ما ".
5 - في (ب)"تلك".
6 - في (ب)"يوتد ".
7 - في (ب)" شريكه ".
8 - الغيث المدرار ج٣(خ) .
9 - الفتاوى الهندية (ج٤/١٠٣).

قول أبي العباس وأبي طالب [١]، وأحد قولي ش.

قال في المهذب للشافعي قولان:

القديم أن له الغرز سواء كان الجدار مشتركاً أم ملكاً لجاره، لقوله صلى الله عليه وآله " لَا يَمْنَعْ أحدكم جَارَهُ أَنْ يضع خَشَبَةً على جِدَارِهِ" [٢].والجديد أنه لا يحل بغير الإذن.

لقوله صلى الله عليه وآله " لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إلَّا بِطِيبِ[٣] نَفْسٍ منه "[٤] والحديث الأول محمول على الاستحباب[٥] هكذا حكاه في الغيث وغيره [٦].

ولفظ الحديث الأول عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وآله قال لَا يَمْنَعْ أحدكم جَارَهُ أَنْ يَغْرِزَ خَشَبَةً في جِدَارِهِ قال ثُمَّ يقول أبو[٧] هُرَيْرَةَ مالي أَرَاكُمْ عنها مُعْرِضِينَ والله لَأَرْمِيَنَّ بها بين أَكْتَافِكُمْ " أخرجه البخاري ومسلم والموطأ ولأبي داود والترمذي نحوه [٨].

وأما الحديث الثاني فقال في التلخيص ما لفظه "حَدِيثُ لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إلَّا بِطِيبِ نَفْسٍ منه[٩]" أخرجه الْحَاكِمُ من حديث عِكْرِمَةَ عن ابن عَبَّاسٍ لَا يَحِلُّ لِامْرِئٍ من مَالِ أَخِيهِ إلَّا ما أَعْطَاهُ بِطِيبِ نَفْسٍ منه" ذَكَرَهُ في حَدِيثٍ طَوِيلٍ[١٠]، وَرَوَاهُ الدَّارَ قُطْنِيُّ من طَرِيقِ مِقْسَمٍ[١١] عن ابن عَبَّاسٍ نَحْوَهُ في جملة حَدِيثٍ[١٢]

---

1 - الغيث المدرار ج٣(خ) .

2 - أخرجه مسلم في صحيحه -كِتَاب الْمُسَاقَاةِ - بَاب غَرْزِ الْخَشَبِ في جِدَارِ الْجَارِ -رقم١٦٠٩ (ج٣/ص١٢٣٠) والبيهقي في السنن الكبرى - كتاب الحجر - باب ارتفاق الرجل بجدار غيره بوضع الجذوع عليه بأجرة وغير أجرة -رقم١١١٥٦ واللفظ له (ج٦/ص٦٨).

3 - في (أ)" بطيبة ".

4 -أخرجه البيهقي في السنن الكبرى- كتاب العارية -باب ليس لعرق ظالم حق-رقم١١٣٢٥ (ج٦/ص١٠٠).

5 - في (ب)" الاستحسان ".

6 - الغيث المدرار ج٣(خ) والمهذب (ج١/ص٣٣٥).

7 - في (ب)" أبي " والصحيح ما أثبته.

8 - أخرجه البخاري في صحيحه - كتَاب المظالم -بَاب لَا يَمْنَعُ جَارَهُ أَنْ يَغْرِزَ خَشَبَهُ في جِدَارِهِ -رقم٢٣٣١ (ج٢/ص٨٦٩)ومسلم في صحيحه -كِتَاب الْمُسَاقَاة -بَاب غَرْزِ الْخَشَبِ في جِدَارِ الْجَارِ -رقم١٦٠٩ (ج٣/ص١٢٣٠) و مالك في الموطأ -باب الْقَضَاءِ في الْمِرْفَقِ -رقم١٤٢٩ (ج٢/ص٧٤٥). و أبو داود في سننه -كِتَاب الْأَقْضِيَةِ -أبواب من الْقَضَاءِ -رقم٣٦٣٤ (ج٣/ص٣١٤). و الترمذي في سننه -كِتَاب الْأَحْكَامِ -بَاب ما جاء في الرَّجُلِ يَضَعُ على حَائِطِ جَارِهِ خَشَبًا -رقم١٣٥٣ (ج٣/ص٦٣٥) .

9 -سبق تخريجه آنفا .

10 -أخرجه الحاكم في المستدرك على الصحيحين-كتاب العلم - رقم٣١٨ (ج١/ص١٧١).

11 - هو مقسم بن بجرة أبو القاسم مولى ابن عباس روى عنه وعن عائشة وأم سلمة وغيرهم توفي سنة إحدى ومائة. (توضيح المشتبه في ضبط أسماء الرواة وأنسابهم وألقابهم وكناهم، (ج١/ص٣٦٧) .

12 - أخرجه الدار قطني في سننه-كتاب البيوع-رقم ٨٧.بلفظ " عن مقسم عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في خطبته في حجته ألا وإن المسلم أخو المسلم لا يحل له دمه ولا شيء من ماله إلا بطيب نفسه ألا هل بلغت قالوا نعم قال اللهم أشهد "(ج٣/ص٢٥) .

وفي إِسْنَادِهِ الْعَرْزَمِيُّ[١] وهو ضَعِيفٌ" انتهى [٢].

قيل: وإذا أذن الشريك لشريكه في شيء من ذلك فله الرجوع من بعد لكنه[٣] يكون كالمعير لذلك وإذا رجع على ما يأتي بيانه انتهى [٤].

وفي الغيث ما لفظه تنبيـــــهٌ: أما لو شرطا في أول وضعه أن لكل واحدٍ منهما أن يضع ما احتاج [إليه] [٥] كان ذلك بمنزلة الإذن وإن شرطا أن لا يحمل عليه فإن كان ضعيفاً فلا إشكال أنه لا يجوز إلا بإذن، وإن كان قوياً لا يخشى عليه، فهل يجب الوفاء بالشرط قولاً واحدا أم يأتي الخلاف ؟

ينظر في ذلك والأقرب أنه يأتي فيه الخلاف لأن الشرط بعقد لازم لكن يستحب الوفاء انتهى [٦].

وحذف المؤلف عليلم قوله في الأزهار:" إِلَّا بِإِذْنِ الْآخَرِ "[٧] فإن فعل أزال لظهور ذلك.

قال في الشرح: وهذه العبارة يعني عبارة الأثمار أجود من عبارة الأزهار لأن عبارة الأزهار توهم أن له أن ينتفع بأكثر من حصته ما لم يحصل استبداد، وليس كذلك فإن فعل أزال وهذا المراد بما ذكره في الأزهار انتهى [٨].

فائـــدة: من كان له على جدار حمل ثم شرك فيه لم يبق الحمل إلا بإذن الشريك، قيل ذكره أبو العباس، وقيل س بل يبقى لأن العرف جارٍ بذلك فإن تبين أن حق الشريك من قبل الحمل لم يكن له [٩/] بقاؤه إلا بإذن الشريك، وإذا[١٠] كانا شريكين في سفل الجدار وكان على علوه خشب لأحدهما فادعى أن علوه له وحده، وقال شريكه بل هو لهما معاً سفله فيحتمل أن يكون القول قول صاحب الخشب، ويحتمل أن عليه البينة كما في جدار بين دارين لأحدهما عليه خشبة واحده، وللآخر عليه خشبات كثيرة وتنازعا فيه فالظاهر أنه لهما.

---

1 - هو محمد بن عبيدالله بن أبي سليمان العرزمي الفزاري: شاعر حضرمي، له اشتغال بالحديث.
انتقل من حضرموت إلى الكوفة وأدرك أول الدولة العباسية، أكثر شعره آداب وأمثال، كان يحفظ الحديث ويرويه، وليس بثقة: ضاعت كتبه فحدث من حفظه فأتى بمناكير، توفي سنة - ١٥٥ هـ. الأعلام للزركلي - (٦ / ٢٥٨) .

2 -التلخيص الحبير (ج٣/ص٤٥).

3 - في (ب)" لأنه ".

4 -البيان لابن مظفر (ج٣/٢٦٥) .

5 - سقط من (ب).

6 - الغيث المدرار ج٣(خ) .

7 - الأزهار - (١ / ١٢٩).

8 - الجامع في الشرح (خ) .

9 - نهاية ورقة ٣٥٥ من (ب).

10 - في (ب)" وإن".

قوله عليلم: " **وَلَا يَثْبُتُ حَقٌّ بِيَدٍ**" هذه المسألة سيأتي تحقيق الكلام فيها في كتاب الدعاوى والذي اقتضى ذكرها هاهنا أن الجدار إذا كان عليه جذوع لشخص والجدار ملك لغيره أو مشترك بينهما فادعى صاحب الجذوع أن ذلك حق له فعليه البينة بذلك، ولا يكون القول قوله لأن الحقوق لا تثبت بالأيدي على المذهب، خلاف أحد قولي م بالله والمنصور،واختاره كثير من المتأخرين،[1] فيما له أثر ظاهر كما سيأتي والله أعلم .

---

1 - شرح الأزهار - (٣ / ٣٦٩) .

"فَصْـــــلٌ"

[الشركة في السكك]

"ولا يجوز [أن تضيق] [١] **السِّكَكِ مسألة ومشروعة ومُنْسَدَّة غالباً فيهن** " وهذا الفصل في ذكر بعض أحكام النوع الثالث من شركة الأملاك، وهي الشركة في السكك فمن ذلك أنه لا يجوز تضييق[٢/] السككة على الحملة لا بدكة ولا بالوعةٍ ولا مسيل[٣] [سيل] [٤]، ولا غير ذلك لإقرارها ولا هوائها وإن اتسعت.

وقوله "غالباً فيهنّ" قال في الشرح: يعني أن الاستثناء بلفظ "غالباً" راجع إلى السكك الثلاث، أما المستثنى من الأولى فهو يحترز من أن يفعل فيها ما لا ضرر فيه من مثل التضييق على المارة المعتادة في الكثرة والدواخل، وكان ذلك لمصلحة عامة كمسجد أو سقاية وكان وضعه أيضاً بإذن الإمام، فإن هذا يجوز في السكك المسيلة بهذه الشروط الثلاثة، وأما المستثنى من الثانية فهو الميزاب والدكة والروشن[٥] والبالوعة ونحوها، فإن هذه تجوز فيما شرعوه طريقاً حيث لا ضرر فيها ذكره الفقيه ف.

وأما المستثنى من الثالثة فهو ما فعل بإذن الشركاء أي بإذن من قابله ومن بعده إلى داخلها، وأما من كان إلى خارجها فلا يحتاج إلى إذنه لانقطاع حقه فيما هو داخل إلا أن يضره كمجرى ماء يسيل إلى طريقهم، وإنما عدل المؤلف [عليلم] [٦] عن عبارة الأزهار لأنها توهم أن ذلك الحكم ثابت في النافذة مطلقاً سواء كانت مسيلة أم لا، وليس كذلك، ولأن قوله أو خاصة فيما شرعوه توهم أن ذلك لا يجوز إلا بإذن الإمام فقط، بل قد صرح بذلك في شرح الأزهار [٧].

قال المؤلف عليلم :ما معناه "وذلك غير صحيح لأنه لا ولاية للإمام على ذلك فليس له أن يأذن فيه لأنه ملك لمعين فاعتبر فيه ما يعتبر في الملك وهو الإذن، وقد قام مقامه

---

1 - في (ب)" تضييق" بدل مابين المعقوفتين.

2 - نهاية ورقة ٣٣٩ من (أ).

3 - ولا وضع الحطب والزبل والمرور فيه بأحمال الشوك إذا كانت تساقط فيه ولا اتخاذ السواجل إليه كالميزاب ولا ربط البهايم والكلاب فيه ولا الذبح فيه وطرح الرماد والقمامة ونحو ذلك مما يضر المارة ولا الخرق كتحت المسجد تمت .(تعليق في الحاشية من(أ) .

4 - الزيادة من (ب)".

5 -هو ما يخرج من البناء على هواء الشارع وهو صغير الحجم (حاشية شرح الأزهار - (٣ / ٣٧٠) أو ما يسمى حالياً بالبلكونة.

6 - الزيادة من (أ)".

7 - شرح الأزهار - (٣ / ٣٧١).

وزيادة كونهم شرعوه لمصالحهم فكان [ذلك] [١] إذناً موجباً لتلك الأشياء، ولم يصح فيه الرجوع لأنه أشبه التسبيل بخلاف ذلك انتهى [٢].

والذي في الغيث ما لفظه "فصار[٣] حاصل الكلام في السكك أنها على ثلاثة أضرب .

الضرب الأول: نافذة مسبلة.

الضرب الثاني: نافذة غير مسبلة لكن تركوها بين أملاكهم من غير تسبيل.

الضرب الثالث: المنسَدَّةُ وهي التي لا تكون نافذة .

فالضرب[٤] الأول: لا يجوز فيه إحداث شيء مما يضيق قراره و[٥] هواه إلا بالشروط الثلاثة.

والضرب الثاني: تصح فيه المصلحة العامة بشرط عدم الضرر، وإذن الإمام، والخاصة إذا كانت من مرافق الأملاك المحيطة به التي ذكرنا من الروشن والساباط إلى آخر ما ذكره الفقيه ح ولا يجوز ماعدا ذلك.

والضرب الثالث: لا يصح فيه شيء من ذلك إلا بإذن أهله.

وقال فيه أيضاً: ما لفظه "**واعلم** أن ظاهر إطلاق أصحابنا أنه لا يجوز في النافذة شيء من المصالح الخاصة كالمسبل ونحوه، ولم يفرقوا بين أن يكون مسيلاً أو غيره إلا أن الفقيه ح قال: إنما منعوا ذلك في السكة التي تقدمت على الملك يعني المسبلة، قال أما ما لم يتقدم نحو أن يعمروا في ملكهم، أو في المباح، ويتركوا بينهم طريقاً فإنهم ما تركوه إلا لمصالحهم من الاستطراق والبالوعة ونحو ذلك، ذكر ذلك الفقيه س في تذكرته[٦]، وهذا الحمل قوي عندنا فذكرناه في الأزهار فإذا عرفت ذلك فلا خلاف في المنسدة أنه لا يجوز إحداث شيء فيها إلا بإذن أهلها، وأما المشروعة [غير المسبلة فيجوز فيها ما ذكرنا من المصلحة العامة والخاصة على ما حققناه، ولم يحك الفقيه الفقيهان ح س في ذلك خلافاً.

وأما المسبلة] [٧] فاختلف فيها على أقوال:

---

1 - **الزيادة من (ب)".**
2 - **الجامع في الشرح (خ)** .
3 - **في (ب)"وصار".**
4 - **في (ب)"الضرب".**
5 - **في (ب)"أو".**
6 - **التذكرة الفاخرة (ص٤٤١).**
7 - **سقط من(أ).**

المذهب: أنه لا يجوز فيها إحداث أمراً إلا بالشروط الثلاثة لقوله صلى الله عليه وآله " ملعون من آذَى الْمُسْلِمِينَ في طُرُقِهِمْ "[١].

قال في الانتصار: فلا يجوز في الطرق الدكاك وربط الكلاب[وذبح القصابين] [٢] لأجل التلوث بالدم والفرث، ولا الرمي بجلف الموز والدباغ والرماد، ولا أن يمر بحزم الشرك إلا على وجهٍ لا يضر.

وقال في الكافي وشرح الإبانة: يجوز حفر البالوعة في الطريق، وعن أبي حنيفة يجوز أن يفعل في الطريق ما لا يضر حتى يخاصمه مخاصم فيلزم إزالته حينئذ [٣].

وفي شرح الإبانة يجوز حفر البالوعة بإذن من له الإذن، وقال الشافعي والمؤيد يجوز الروشن والساباط في النافذة على وجه لا يستطرقه المجتازون [٤]، وقال الحقيني يجوز الساباط ولا يجوز الجناح.

قال في شرح الإبانة:" ولا يربط الدواب في الشارع" انتهى [٥]. جميعه من الغيث بلفظه[٦].

وفي الزهور نحوه كله لكنه لم يحك عن الحقيني إلا المنع من الجناح، ولم يحك عنه جواز الساباط كما في الغيث [٧].

وقد ذكر الدواري وغيره أن حكم الروشن والساباط والجناح واحد، وقال: الروشن ما يخرج من البناء على هواء الشارع على أبواب الدور أو على غير الأبواب، وهو صغير الحجم، والساباط السقف الذي يكون على الشارع، والجناح ما تقدم في هواء الشارع [من البناء] [٨] ممتداً انتهى [٩].

وهو ظاهر فلا وجه للفرق بين الجناح والساباط في الجواز وعدمه .

---

1 - أخرجه الإمام الربيع في الجامع الصحيح مسند بن حبيب،للربيع بن حبيب بن عمر الأزدي البصري- دار الحكمة ،مكتبة الاستقامة - بيروت ،سلطنة عمان - ١٤١٥، ط١، تحقيق: محمد إدريس وعاشور بن يوسف - رقم٩٨١ (ج١/ص٣٧٣-).و الطبراني في المعجم الكبير - أبو الطُّفَيْلِ عَامِرُ بن وَاثِلَةَ عن حُذَيْفَةَ بن أُسَيْدٍ.- رقم٣٠٥٠- بلفظ " من آذَى الْمُسْلِمِينَ في طُرُقِهِمْ وَجَبَتْ عليه لَعْنَتُهُمْ" (ج٣/ص١٧٩)،والحديث حسن. ينظر (السلسلة الصحيحة - مختصرة - (٥ / ٣٧٢)رقم٢٢٩٤.

2 - سقط من(أ).

3 - الكافي في شرح الوافي(خ) وشرح الإبانة (خ).

4 - التذكرة الفاخرة (ص ٤٤٢).

5 - شرح الإبانة (خ) .

6 - الغيث المدرار ج٣(خ).

7 -الزهور (خ)و الغيث المدرار ج٣(خ) .

8 - الزيادة من(أ).

9 - شَرْحِ الدَّوَارِيِّ عَلَى اللُّمَعِ (خ).

تنبيـــــهٌ: وجه ما ذكره أهل المذهب من المنع أن الهواء تابعٌ للقرار في كونه حقاً كتبعية هواء الملك لقراره، ووجه ما ذهب إليه المؤيد والشافعي من الجواز أن حق المار إنما هو في القرار لا في الهواء، فتجوز الثلاثة حيث لا ضرر فيها [١]، واحتج في شرح الإرشاد على جواز الأجنحة ونحوها باتفاق[٢/] الناس في الإعصار على أفراعها.

قال وروى أحمد والحاكم وغيرهما: أن النبي صلى الله عليه وآله "نصب بيده ميزاباً إلى الطريق في دار العباس فقيس عليه الجناح انتهى [٣].

وقال في التلخيص: حَدِيثُ أَنَّهُ صلى اللَّهُ عليه وآله نَصَبَ بيده مِيزَابًا في دَارِ الْعَبَّاسِ أخذ[٤]من حديث عبد اللَّهِ بن عَبَّاسٍ، قال كان لِلْعَبَّاسِ مِيزَابٌ على طَرِيقِ عُمَرَ فَلَبِسَ ثِيَابَهُ يوم الْجُمُعَةِ فَأَصَابَهُ [منه مَاءٌ] [٥] بِدَمٍ فَأَمَرَ بِقَلْعِهِ فَأَتَاهُ الْعَبَّاسُ فقال وَاَللَّهِ إنَّهُ لَلْمَوْضِعُ الذي وَضَعَهُ رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وآله فقال اعزم عَلَيْك لَمَّا صَعِدْت على ظَهْرِي حتى تَضَعَهُ في الْمَوْضِعِ الذي وَضَعَهُ رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وآله وَذَكَرَ بن أبي حَاتِمٍ أَنَّهُ سَأَلَ أَبَاهُ عنه فقال هو خَطَأٌ وَرَوَاهُ الْبَيْهَقِيُّ من أَوْجُهٍ أُخَرَ ضَعِيفَةٍ أو مُنْقَطِعَةٍ وَأَوْرَدَهُ الْحَاكِمُ في الْمُسْتَدْرَكِ وفي إسْنَادِهِ عبد الرحمن بن زَيْدِ بن أَسْلَمَ وهو ضَعِيفٌ انتهى [٦].

فائـــــدة: يقال قد نص أهل المذهب على أن السكك التي شرعت بين الأملاك لمصالح أهلها يجوز لكل منهم أن يفعل فيها ما جرت به العادة من الروشن، والجناح والميزاب والدكة والمسيل والبالوعة.

قال في شرح الدواري على اللمع: ولو جرى العرف منهم بغير ذلك لم يمنعوا منه انتهى[٧].

وعلى هذا فإذا جرت العادة في جهةٍ باتخاذ أبينة ساترة لطيفة على أبواب الدور لا يضيق الطريق، ولا يضر بالمال كما كان في[٨/] مدينة صعدة فلا وجه للمنع منها، وهذا حيث تيقن أنها محدثة وأن قرارها من الشارع [فأما ما كان منها متقادم البناء لا يتيقن كون

---

1 - البحر الزخار (١٠ / ٩٤) .
2 - نهاية ورقة ٣٥٦ من (ب).
3 -أخرجه الحاكم في المستدرك على الصحيحين - ذكر إسلام العباس رضي الله عنه -رقم٥٤٢٨ (ج٣/ص٣٧٤). و أحمد بن حنبل في مسنده -رقم ١٧٩٠ -حديث الْعَبَّاسِ بن عبد الْمُطَّلِبِ رضي الله عنه عَنِ النبي r . (ج١/ص٢١٠)، والحديث ضعيف ينظر (مختصر إرواء الغليل - (١ / ٢٨١).
4 - في المخطوط" أَحْمَدُ " بدل " أخذ".
5 - في(أ)" ماء منه" بدل مابين المعقوفتين والصحيح ما أثبته.
6 - التلخيص الحبير (ج٣/ص٤٥) .
7 - شرح الدواري على اللمع(خ) .
8 - نهاية ورقة ٣٤٠ من (أ).

قراره من الشارع] [١] بل يحتمل أنه من عرصة الدار أومن فنائها ويد صاحبها[٢] ثابتة عليه المدة الطويلة فلا وجه للمنع من بقائه أصلاً والله أعلم .

فائـــــدة أخرى: عن الإمام ح وغيره يجوز الجلوس في الشوارع والسكك بشرط عدم الإضرار بالمارة وكذا في السوق، قيل فإن حصل من وقوفه مضرة ضمن [٣].

قال الإمام ح: ويثبت حق الواقف في السوق وفي المسجد حتى يقوم مضرباً عنه، قال فإن أعتاد الوقوف في موضع من السوق لقضاء حوائجه كان أحق به إلا أن يسافر أو يمرض، أو يختار غيره، وللإمام منعه منه لئلا يلتبس بالملك ويكون له حق فيما حوله قدر ما يضع متاعه فيه، ويتمكن من التصرف [فيه] [٤] بالبيع والشراء ونحو ذلك يجوز لكل منهم، وضع الأحمال والأخشاب والأحجار في شارعهم إذا كانت ترفع عن قريب لجري عادة المسلمين بذلك انتهى [٥].

فائـــدة أخرى: قال أهل المذهب: ولا تجوز الحرف تحت الطريق كما لا تجوز تحت المسجد، وعن الأذرعي من الشافعية فيمن كان له داران في جانبي الشارع، فثقب تحت الطريق سرباً من أحداهما إلى الأخرى وأحكم رصه بالكبس وغيره، أن ذلك جائز وفاقاً، وعن نحو الروياني لو حفر في طريق المسلمين بئراً لمسيل مائه وأحكم رأسها بحيث يؤمن وقوع لحيوان فيها جاز، قال ذكره أصحابنا انتهى [٦].

قوله عليلم :" **وَيَجُوزُ الطَّاقَاتِ والْأَبْوَابِ إليها وَالتَّحْوِيلِ لهب غالباً** " أي يجوز في السكك الثلاث المذكورة فتح الطاقات إليها أي الكُوى جمع كُوة بفتح الكاف وضمها مع تشديد الواو، وكذلك فتح الأبواب وتحويلها من موضع إلى آخر.

وقوله "غالباً" احتراز من فتح الأبواب وتحويلها إلى داخل المنسدة بغير إذن أهله فإن ذلك لا يجوز لانقطاع الآخر، فيما وراء بابه.

قال الإمام يحيى في الانتصار للمذهب: وكذلك [حكم] [٧] الطاقات، وقرره الإمام المهدي عليلم في الأزهار والغيث والبحر، وظاهر كلام التذكرة والحفيظ وغيرهما جواز فتح الطاقات مطلقا، واختاره المؤلف عليلم، وأشار إلى ضعف ما ذكره الإمام ح للمذهب بما

---

1 - الزيادة من (أ).

2 - في (أ)"صاحبه".

3 -البيان لابن مظفر (٢٧٠/٣)و البحر الزخار (٩ / ٤٧٦) .

4 - الزيادة من (أ).

5 - المرجع السابق.

6 - روضة الطالبين (ج٤/ص٢٠٩). ومغني المحتاج (ج٢/ص١٨٢). و مغني المحتاج (ج٢/ص١٨٦).

7 - الزيادة من (ب).

هي قاعدته، ووجه ضعفه أن فتح الكوة تصرف في ملك الفاتح، وله أن يزيل جداره بالكلية، وأما فتح باب لا للاستطراق منه فيحتمل الجواز أيضاً لما ذكر، ويحتمل المنع لتأديته إلى ثبوت حق الاستطراق منه .

قيل : وإن سمره قبل، وكذا يجوز فتح الكوة إلى داخل المنسدة لمن ليس من أهلها من يلاصقها جداره، وكذا إلى ملك الغير، ولا يكون للجار منعه، ولو أعوزت عليه إذ هو تصرف في ملكه كما تقدم ويندفع الضرر عن الجار، بأن يبني في ملكه ساتراً أمام الكوة انتهى [١].

" **وَفِي جَعْلِ نحو بَيْتٍ فِي الْمُنْسَدَّةِ مَسْجِدًا أَوْ نَحْوَهُ نَظَرٌ** "أراد بنحو البيت الحانوت أو البستان أو العرصة أو نحوهن، وأراد بنحو المسجد ما كان من وقفٍ عام فمن أراد من أهل السكة المنسدة أن يجعل داره أو نحوها مسجداً أو نحوه مما الناس فيه على سواء احتمل أن يجوز له ذلك كما يجوز له أن يدخل داره من شاء وكما يجوز له أن يهدمها إلى شارع نافذ، ويحتمل أن لا يجوز له ذلك إلا برضا شركائه في السكة لما في ذلك من الإضرار لهم بإبطال حقهم في الشفعة إذ السكة التي يكون في أقصاها مسجد أو نحوه، حكمها حكم النافذة في عدم ثبوت الشفعة بين أهلها، والتي يكون المسجد في وسطها يكون [حكمها] [٢] حكم النافذة إلى باب المسجد فقط دون أقصى السكة.

قيل: ورجح في البيان الجواز، ورجح السيد ح المنع [٣].

فـــــرعٌ: قال أهل المذهب ومن كان له باب إلى السكة المنسدة لم يكن له أن يفتح إليها بابا آخر أقصى من بابه الأول لانقطاع حقه فيما وراء بابه الأول، فأما أدنى من بابه الأول إلى باب السكة فيجوز له ذلك لبقاء حقه فيما دون بابه الأول، وقيل ليس له أن يزيد باباً آخر مطلقاً لأنه إن كان أبعد عن رأس الدرب من الباب الأول فهو لا يستحق الاستطراق إليه، وإن كان أقرب فبانضمامه إلى الأول يؤرِثُ زيادة زحمة الناس، ووقوف الداوب فيتضرر به أهل الدرب ذكر معنى ذلك في الإرشاد وشرحه [٤].

تنبيـــــهٌ: ويلحق بما سبق مسائل:

الأولى: فيمن له داران مثلاً ضيقتان باب كل واحدة منهما إلى سكة مسدودة أو أحدهما مسدودة والأخرى نافذة، فأراد أن يفتح بينهما باباً للاستطراق، فيحتمل أنه ليس له ذلك لأنه

---

1 - الأزهار (١ / ١٢٩)والغيث المدرار ج٣(خ)و البحر الزخار (١٠ / ٩٣)والحفيظ (خ) .

2 - الزيادة من (أ).

3 - البيان لابن مظفر (٢٧٣/٣) .

4 - الإرشاد (ص١٠٤) وشرحه (ص ٤٣٠) .

يؤدي إلى إثبات حق المرور لكل من الدارين في سكة[١] الأخرى، واختاره في الإرشاد [٢]، ويحتمل أن له ذلك كما له أن يدخل [٣/] داره من شاء ورجحه الفقيه ع [٤].

قيل: لكن إذا بيعت إحدى الدارين، أو أكريت لم يبق في أيتهما[٥] طريق [إلى] [٦] الأخرى إلا أن يستثني البائع حق الاستطراق في التي باعها إلى الأخرى صح ذلك [٧].

المسألة الثانية : لو أراد أحد أهل السكة المنسدة أن يفتح إليها باباً دون بابه لدارٍ له أخرى فظاهر كلام أهل المذهب جواز ذلك، فإن باعها أو أكراها فلا حق لها في هذا الشارع، وإن باع داره الأولى بطل حق الأجرة في السكة المذكورة إلا أن يستثني حق الاستطراق إلى الأخيرة ذكر ذلك الفقيه ع أيضا [٨].

المسألة الثالثة :إذا كان لرجل حق إسالة الماء من داره إلى دار الغير أو أرضه أو شارعه فأراد إسالة الماء من دار أخرى له أو لغيره إلى داره ثم يجريه إلى ملك الغير الذي يستحق عليه الأجراء أولا، بحيث لا يضره ذلك ففيه احتمالان رجح الفقيه ف المنع لأنه إنما استحق إسالة المعتاد فقط [٩].

قيل: ويحتمل جواز ذلك كما في مسألة الاستطراق، ولأن الذي يستحق إسالته من الدار المعتادة ليس قدراً معلوماً حتى يمنع من الزيادة عليه .

قيل: فأما من يستحق إجراء ماء البئر أو العين إلى أرضه في أرض الغير، فله أن يجري فيها كفاية أرضه المذكورة من تلك البئر، ولو زاد على المعتاد إذ الحق للأرض التي يجري [فيه الماء] [١٠]فاعتبرت كفايتها، ولا يكون فيها ما ذكر من الاحتمال بخلاف مسألة الدارين فإن الحق للدار التي يخرج الماء منها فاحتمل أن يعتبر فيها المعتاد فقط [كذا] [١١] ذكره بعض المتأخرين والله أعلم [١٢/].

---

1 - في (ب)"السكة".
2 - الإرشاد (ص١٠٤).
3 - نهاية ورقة ٣٥٧ من (ب).
4 - البيان لابن مظفر (٢٧٣/٣) .
5 - في (ب)"أيهما".
6 - سقط من(ب).
7 -المرجع السابق.
8 -الغيث المدرار ج٣(خ) .
9 - البيان لابن مظفر (٢٧٣/٣) .
10 - في (ب)"الماء إليها" بدل مابين المعقوفتين.
11 - الزيادة من (ب).
12 - نهاية ورقة ٣٤١ من (أ).

"فَصْــــــلٌ"

[حكم الطريق إذا التبس قدرها]

" **ويبقى لنحو لبسٍ نحو عَرْض الطَّرِيقِ بَيْنَ الْأَمْلَاكِ ونحوها لِمَا تَجْتَازُهُ نحو الْعُمَارِيَّات اثني عَشَرَ ذِرَاعًا ولِدُونِه سَبْعَة غالباً** " هذا الفصل يتضمن ذكر حكم الطريق إذا التبس قدرها، وما يتعلق بذلك، وأراد بنحو اللبس ما إذا أراد جماعة إحياء المباح و[١] تشاجروا في مقدار ما يتركونه[٢] طريقاً، وأراد بنحو العرض ارتفاع سقف الطريق حيث يجوز سقفها، وأراد بنحو العماريات المحامل والمحاف وأحمال الحطب والقصب، ونحو ذلك، وأراد بنحو الأملاك المباح حيث أرادوا إحياءه، وكان وسطه طريق معتادة والتبس قدرها وحاصل ما نقله عن الهادي عليلم في هذه المسألة .

قيل ي: وهو استحسان منه أن الطريق إذا كانت تجتازه المحامل ونحوها ترك له اثني[٣] عشر ذراعاً لجواز التقاء محملين، أو نحوهما أحدهما سارح، والآخر رائح، وإن كان إنما يجتازه الناس والدواب من دون محامل، ونحوها ترك له سبعة[٤] أذرع.

قال في الغيث: فهذا التقدير على وجهين:

أحدهما: أن الشارع أو الطريق في أرض موات، فإنه يمنع من أراد إحياءها من التعدي مجاوزة القدر المذكور، ويجب ترك هذا القدر للطريق.

الثاني: أن يلتبس الطريق بالملك ولا يتبين ذلك فيرجع إلى هذا القدر، فأما إذا كان قدر الملك معلوماً بقي الطريق على حاله ضيقاً كان أم واسعاً، وكان القياس إذا التبس الطريق بالملك أن يصيرا لبيت المال لكن جعل ما يجتاز فيه قرينة لقدره فلم يكمل اللبس انتهى [٥].

وقيل: لعل الوجه أن الملتبس يصير لبيت المال والطريق من جملة المصالح فيترك لها ما ذكر من القدر على حسب الحاجة.

واحترز بقوله "غالباً" من أن يجهل عرض الطريق في الأزقة المنسدة فإنه يجعل عرض الطريق مثل أعرض باب من أبواب الدور التي فيه.

---

1 - في (ب)"أو".
2 - في (ب)"يتركوه".
3 - في (أ)"اثنا".
4 - في (ب)"تسعة".
5 -الغيث المدرار ج٣(خ) .

قيل: إذا كان قد عمر أحد الصفين، وشرعت أبوابه أو بعضها، وعن المؤيد يترك مثل عرض باب الزقاق [١].

وقال في الشرح ما معناه:" أن السكة المنسدة إذا كانت لها أبواب مختلفة فإنه يجعل عرض الطريق مثل أعرض باب فيها لا أبواب بيوت السكة فلا عبرة بها مع معرفة أبواب السكة [نفسها] [٢] وإلا أعتبر بأبواب بيوت السكة، والوجه في ذلك أن لصاحب الباب الأعرض أن يدخل ما يسعه بابه من حمل حطب [وغيره ذلك] [٣] انتهى [٤].

قال فيه:ومعنى.... [٥] ولفظة[٦] "غالباً" مزيد من المؤلف عليلم، وحذف [المؤلف عليلم] [٧] قوله في الأزهار" وَلَا يُغَيَّرُ مَا عُلِمَ قَدْرُهُ "[٨] وإن اتسع لفهم ذلك مما تقدم .

فائــدةٌ : قال في شرح الدواري على اللمع ما لفظه" يقال أن عمارة السكك إذا كانت في المباح فللعامر أولاً فناء دراه، وهل المذكور في تقدير الشوارع زائد على الفناء، أو يكون الفناء من ذلك، أو إن كان الفناء حقاً لصاحبه، قلنا الأولى أن المراد بترك ذلك ويكون ذلك أو أن كان الفناء حقاً لصاحبه، قلنا الأولى أن المراد بترك ذلك، ويكون الفناء من جملته إن كان المقدر أكثر من الفناء، وإن كان قدر الفناء كان شارعاً وفناء، ويؤخذ من كلام الهادي عليلم، هذا خلاف ما ذكره بعضهم أن الفناء قدره طول الجدار أو إلى الموضع الذي تصل إليه الأحجار ونحوها عند انهدام الجدر لأنه جعله عرض أوسع باب وهذا دون ذلك" انتهى[٩].

قوله عليلم:" **وَتُهْدَمُ نحو الصَّوَامِعُ الْمُحْدَثَةُ الْمَعورَةُ غالباً** " ظاهر إطلاق الهادي [عليلم][١٠]، والناصر عليلم أن الصوامع المعمورة تهدم من غير فرق بين أن تكون قديمة أو محدثة لأنها إنما عمرت لمصالح المسلمين، فإذا ظهرت فيها مفسدة بسبب الاطلاع على عورات المسلمين بطل الأمر الذي غمرت له إذ لا مصلحة مع مفسدة راجحة أو مساوية[١١]، وعن الكافي أنها إذا كانت سابقة على عمران المتضررين لم تنقض، وإن كانت

---

1 -البيان لابن مظفر (٢٧٤/٣) .
2 - الزيادة من (أ).
3 - في (ب)"وغير ذلك".
4 -الجامع في الشرح (خ) .
5 - كلمة لم تفهم من المخطوط بكافة نسخه.
6 - في (ب)"وللفظة".
7 - الزيادة من (ب).
8 - الأزهار - (١ / ١٣٠).
9 - شرح الدواري على اللمع (خ) .
10 - الزيادة من (ب).
11 -البحر الزخار - (٣ / ٣٩٠) .

متأخرة نقضت[١] وعلى هذا بنى في التذكرة والأزهار والأثمار[٢]، وقيل لا تهدم بل تسد فرجها وكواها[٣]، وعند أبي ح والشافعي أنها لا تهدم مطلقاً، والمتضرر يفعل في ملكه ما يدفع عنه الضرر[٤].

وقوله: "غالباً" قال في الشرح: احتراز من أن تكون المصلحة أرجح من المفسدة كما إذا كان البلد كبيراً لا يسمع من فيه الأذان الذي هو من شعار الإسلام إلا من صومعة، فإنه يجوز إحداثها وإن سلبت بعد الأحداث لها جاز تبقيتها وإن أعورت". انتهى [٥].

ونحوه قول بعض المذاكرين إنما يجب نقضها [٦/] إذا كان موقع ضررها في غالب الظن أبلغ من نفعها، فأما لو لحقت المضرة واحداً أو جماعة بحيث يكون النفع أبلغ لم تهدم إذ لا تكاد توجد مصلحة إلا وبإزائها مضرة، لكن المعتمد على الأغلب والأرجح انتهى.

قال في الزهور: فإن قيل منارات المسجد الحرام لم يأمر أحد من المسلمين بهدمها انتهى[٧].

وبيض للجواب، ولعله يقال بعد تسليم كونها معمورة لعل الذي عمرها ممن يرى جواز ذلك، كما هو مذهب ح والشافعي، والمسألة اجتهادية فلذلك لم يأمر أحد من [المسلمين][٨] بهدمها والله أعلم.

قوله عليلم: " **لَا تَعْلِيَةَ الْمِلْكِ فَلِكُلٍّ أَنْ يَفْعَلَ فِي مِلْكِهِ مَا شَاءَ وَإِنْ ضَرَّ غالباً** " أي لا إذا غمر الإنسان تعلية على ملكه فإنه لا يجوز هدمها وإن أعورت لما ذكر من أن للمالك أن يفعل في ملكه ما شاء وإن ضر الجار.

قال في الزهور: هذا قول الهادي [عليلم] [٩] ورواه في تعليق ابن أبي الفوارس عن المؤيد والشافعي، وحكى عن القاسم أنه لا يجوز أن يفعل في ملك نفسه مما يضر جاره إن كان متأخراً، وإن تقدم ما يضر على عمارة الجار جاز ذلك، وفي شرح الإبانة عن مالك لا يجوز أن يفعل في ملكه ما يضر جاره إلا التعلية انتهى [١٠].

---

1 - الكافي في شرح الوافي (خ) .
2 -التذكرة الفاخرة (ص٤٤٢) والأزهار - (١ / ١٣٠).
3 - في (أ)"ولواها" وهو تصحيف.
4 - البحر الزخار - (١٠ / ١١٣) .
5 - الجامع في الشرح (خ) .
6 - نهاية ورقة ٣٥٨ من (ب).
7 - الزهور المشرقة (خ).
8 - الزيادة من (ب).
9 - الزيادة من (أ).
10 - الزهور المشرقة (خ)وشرح الإبانة (خ).

وقولنا "أنّ له ذلك" معناه في ظاهر الشرع وأما في الباطن فيأثم إذا قصد الإضرار بجاره.

قيل: ويمنع إن أقر بذلك، وهذا متجهٌ والله أعلم.

تنبيه: ظاهر إطلاق[١] أهل المذهب عدم الفرق فيما ذكر بين وجوه الاضرار، وأن للمالك شرعاً أن يفعل في ملكه ما شاء من إجراء ماء أو إثارة دخان أو دق قصارة أو حدادة أو غير ذلك كما صرح في التذكرة ببعض ذلك [٢].

وقيل أن الضرر إما أن يكون مضرة في جسم أو إتلاف/[٣] مال أولا إن كانت المضرة كذلك فيقرب أنها تمنع، ولا يجوز، وذلك كأن يعلق الإنسان حديداً أو حجارة في داره، بحيث يتساقط إلى دار جاره ويخشى من ذلك وقوعها على جاره وأولاده ونحو ذلك، ويلحق بذلك لو فتح الإنسان في جداره كوة وموضعه للوقود وكأن يخرج من الكوة دخان يسود جدرات جاره ونحو ذلك، وإن كان الضرر لا على هذا النحو، ولكن يكون معه شغل قلب وتألم باطن من غير ما ذكرنا فهذا ينبغي أن يكون فيه الخلاف المتقدم وإن كان ظاهر الرواية في التعريفات والبيان للخلاف بين القاسم والمؤيد عدم الفصل في الضرر، ومثال هذا الثاني لو بنى الإنسان[٤] في داره بناء يطلع منه على دار جاره، ويمنع بالبناء من وقوع الشمس في بيته وسطوحه و[٥] على أشجاره ونحو ذلك انتهى[٦].

وقوله "غالباً" احتراز مما إذا كان الملك حاصلاً عن قسمة فإنه لا يجوز لأحد [من] [٧] المتقاسمين أن يفعل في نصيبه ما يضر نصيب قسيمه إلا ما شرطاه حال القسمة أو [إن] [٨] كان معتاداً من قبلها وذلك لأن القسمة موضوعة لدفع الضرر والبينة على من ادعى كون الملك عن قسمة.

وهل يستمر هذا الحكم وإن خرج المقسوم عن ملك المتقاسمين [أو بعضهم أو يقال أما ذلك في حق المتقاسمين] [٩] فقط إذ القسمة

---

1 - في (ب)"كلام".
2 -التذكرة الفاخرة (ص ٤٤٢).
3 - نهاية ورقة ٣٤٢ من (أ).
4 - في (ب) "إنسان".
5 - في (ب) "أو".
6 - حاشية المنتزع المختار من الغيث المدرار المعروف بشرح الأزهار - (١٨ / ٤٤) .
7 - الزيادة من (أ).
8 - الزيادة من (ب).
9 - سقط من (ب).

[إنما] [١] شرعت لدفع الضرر عنهم دون من انتقل [إليه الملك] [٢] قيل: ولعل الآخر أقرب والله أعلم.

واحترز أيضاً بقوله "غالباً" من أهل الذمة فإنهم يمنعون من رفع دورهم على دور المسلمين على الأصح خلاف التفريعات [٣].

قال في الشرح: وإنما عدل [المؤلف عليلم] [٤] عن عبارة الأزهار لأنها توهم أن ذلك لا يجوز مطلقاً، وليس المراد إلا ما أشار إليه المؤلف عليلم من التفصيل مع اختصار انتهى[٥].

---

1 - الزيادة من (ب).
2 - في (ب)" الملك إليه " بدل مابين المعقوفتين.
3 - الغيث المدرار ج٣(خ) .
4 - الزيادة من (ب).
5 - الجامع في الشرح (خ) .

"فَصْـــــلٌ"

[في أحكام الشركة في الشرب]

" **والماء وهو مثلي ضروب** " هذا الفصل فيما يتعلق بالنوع الرابع من شرك الأملاك وهو الشركة في الشرب بكسر الشين وهو النصيب [من الماء] [1] ،وأما بضم الشين فهو المصدر، وقدم المؤلف عليلم ذكر الماء وأحكامه لأنه المقصود .

فقوله والماء مبتدأ و[قوله] [2] ضروب خبره.

وقوله "وهو مثلي" جملة اعتراضية، والقول بأن الماء مثلي هو المصحح للمذهب وهو قول محمد بن الحسن الشيباني[3]، ووجهه أنه قد ذكر في المد والصاع ولأن النبي صلى الله عليه وآله شبه ما بقي من الدنيا بما مضى منها فقال، ولما بقي منها أشبه بما مضى من الماء بالماء، وقصد بذلك المبالغة في التشبيه[4] ولا يقدح في ذلك اختلافه في العذوبة والملوحة والخفة والثقل إذ لا يخلو مثلي عن تفاوت. وقيل ح: إنما يكون مثلياً حيث هو من نهر واحدٍ لئلا تختلف صفته، وذهب الناصر والمؤيد وأبو حنيفة إلى أنه من القيميات فيضمن بقيمته، ويجوز بيع بعضه ببعض متفاضلاً ،وقال في الانتصار [و] [5] إن جرت عادة بكيل الماء، أو وزنه ضمن بمثله وإلا فبقيمته [6]، ثم أن المؤلف عليلم قسم الماء إلى ضروب أربعة فبين ثلاثة منها بقوله " **مِلْك وحق ومباح اتفاقاً** " فقوله "اتفاقاً" راجع إلى الأضرب الثلاثة المذكورة، أما الملك اتفاق فهو ما نقل وأحرز في الحياض والجرار ونحوها ودليله الإجماع على أنه يملك بذلك فيتبعه أحكام الملك فيجب ضمانة، ويصح بيعه ونحوه ويقطع سارقه ولا يجوز منه شرب ولا طهور إلا بإذن مالكه .

قيل : إلا أن يجري عرف بذلك فإن جرى به عرف جاز، وعن المذاكرين لا عرف على يتيم ومسجد[7] لأن معنى العرف أنه يعلم من أحوال مالك الماء الإذن للغير بالشرب منه والتطهر وهذا متعذر من جهة اليتيم والمسجد ، وأما النوع الثاني وهو الذي هو حق اتفاقاً فهو ماء الأودية والأنهار التي أخرجها الله سبحانه [وتعالى] [8] كدجلة والفرات والنيل

---

1 - سقط من (ب).
2 - الزيادة من (أ).
3 - شرح الأزهار - (٣ / ٣٧٩).
4 - في (ب)"الشبه".
5 - الزيادة من (ب).
6 - شرح الأزهار - (٣ / ٣٧٩) والانتصار (خ).
7 -" إلا ما جرى به التسامح هب المختار أنه يجري عليهم كما يجري لهم " تعليق في الحاشية من(أ).
8 - الزيادة من (أ).

والسيول والعيون التي لم يستخرجها أحد، وكذا ما وقع أو نبع في موضع متحجر فمن سبق إلى شيء من هذه المياه فأحيا عليه أرضاً أو اتخذ عليه رحاً ثبت الدخول في قدر كفايته منه والزائد باقٍ على أصل الإباحة وليس لأحد أن يأخذ من فوق السابق إليه ما يضره إلا للشرب والتطهر فيجوز الأخذ منه [لهما] [١] ولو استغرقه، والمراد شرب الآدميين والبهائم لا سقي البساتين والأراضي، والمراد بالتطهر تطهير الأبدان والثياب ونحوها ويجوز الانتفاع به في غير ذلك لكن على وجه لا يضر السابق .

وأما النوع الثالث: وهو المباح اتفاقاً [٢/] فهو ما سبق ذكره في النوع الثاني قبل أن يثبت فيه حق لأحد وكذا ما زاد على كفاية السابق كما تقدم فهذا تتبعه أحكام المباح بلا خلاف.

وأما النوع الرابع: من الضروب الأربعة فقد أوضحه [المؤلف] [٣] عليلم بقوله:" **والرابع فيه الخلاف وهو المُسْتَخْرَج مِنْ الملك والواقع والنابع فيه بنفسه الأصح حق لذي الملك قَدْرِ كِفَايَتِهِ ويملك من أخده لَكِنْ يَأْثَمُ نحو الْآخِذُ عَلَى وَجْهٍ يَضُرُّ** " هذا النوع هو مما استخرجه آدمي بالحفر من عين أو بئر أو نبع بنفسه في ملك أو وقع فيه من ماء المطر أو سال إلى الملك من وادٍ أو نهر فهذا النوع، قد أختلف فيه، فالأصح أنه حق لمن أستخرجه ونحوه لا ملك، ذكره أبو العباس، وأبو طالب للمذهب، وهو قول ح وأصحابه، وبعض الشافعية، وهو أخير قولي م[٤][٥] فيكون حكمه ما تقدم في النوع، وهو أنه يكون لمالك منبعه أو مقره قدر كفايته أي يكون أحق بذلك من غيره، والزائد باق على أصل الإباحة لظاهر عموم قول النبي صلى الله عليه وآله:" المسلمون شركاء في ثلاث الماء والكلأ والنار" أخرجه أبو داود[٦] فلا يخرج من ذلك إلا ما خصه الإجماع، وهو ما نقل وأحرز كما تقدم. وعن المنصور والإمام ح وش وقديم قولي م بالله أنه ملك لمن استخرجه أو ملك موضعه لكن يجب على مالكه بذل فضلته للشرب والتطهر وللكلأ لِيَنْبُتَ، [٧] لحديث" من منع فضل الماء ليمنع به الكلأ منعه الله فضل رحمته يوم القيامة [٨].

قال في التلخيص:" كَرَّرَهُ في الْبَابِ الشَّافِعِيُّ عن مَالِكٍ عن أبي الزِّنَادِ عن الْأَعْرَجِ عن أبي هُرَيْرَةَ وهو مُتَّفَقٌ عليه بِلَفْظِ" لَا يَمْنَعُ فَضْلَ الْمَاءِ

---

1 - الزيادة من (أ).

2 - نهاية ورقة ٣٥٩ من (ب).

3 - الزيادة من (ب).

4 - في (ب) "المؤيد".

5 - شرح الأزهار - (٣ / ٣٧٩) .

6 - سبق تخريجه صـ١٠٠٩ .

7 -الغيث المدرار ج٣(خ)و البحر الزخار - (١٠ / ٩٨)و مغني المحتاج ج٢/ص٣٧٣ .

8 - أخرجه البيهقي في السنن الصغرى-باب في فضل الماء -رقم٢١٧٥ (ج٥/ص٤٥٦). والشافعي في مسنده (ج١/ص٣٨٢) .

[لِيَمْنَعَ بِهِ] (1) فَضْلَ الكلأ"(2) زَادَ ابن حِبَّانَ في صَحِيحِه" فَيَهْزِلَ الْمَالُ وَتَجُوعَ الْعِيَالُ"(3)، قال الْبَيْهَقِيُّ هذا هو الصَّحِيحُ بهذا اللَّفْظِ وَكَذَا رَوَاهُ الزَّعْفَرَانِيُّ(4) عن الشَّافِعِيِّ وَأَمَّا اللَّفْظُ الْمَذْكُورُ أَوَّلًا فَهُوَ مِمَّا لم يُقْرَأْ على الشَّافِعِيِّ وَحَمَلَهُ الرَّبِيعُ على الْوَهْمِ وَلَوْ قُرِئَ على شِنِ لَغَيَّرَهُ إنْ شَاءَ اللَّهُ تعالى[5/] [ثُمَّ قال] (6) وَهَذَا اللَّفْظُ في حديث عَمْرِو بن شُعَيْبٍ عن أبيه عن جَدِّهِ وَرُوِيَ من وَجْهٍ آخَرَ ضَعِيفٍ عن أبي هُرَيْرَةَ وَمِنْ مُرْسَلِ الْحَسَنِ وَيُشْبِهُ أَنْ يَكُونَ الشَّافِعِيُّ ذَكَرَ بَعْضَ هذه الْأَسَانِيدِ فَأَدْخَلَ الْكَاتِبُ حَدِيثًا في حَدِيثٍ انْتَهَى .

وَحَدِيثُ عَمْرِو بن شُعَيْبٍ رَوَاهُ أَحْمَدُ وفي إسْنَادِهِ لَيْثُ بن أبي سُلَيْمٍ(7) وَرَوَاهُ الطَّبَرَانِيُّ في الصَّغِيرِ من حديث الْأَعْمَشِ عن عَمْرِو بن شُعَيْبٍ وقال لم يَرْوِ الْأَعْمَشُ عن عَمْرٍو غَيْرَهُ وَرَوَاهُ في الْكَبِيرِ من حديث وَاثِلَةَ بِلَفْظٍ آخَرَ وَإِسْنَادُهُ ضَعِيفٌ انتهى (8).

فائـــدة: قوله صلى الله عليه وآله "المسلمون شركاء في ثلاث الماء والكلأ والنار"(9).

قيل: [و] (10) المراد بالماء ما لم يملك ولا تعلق به حق، أو تعلق [به] (11) ولم يكن في استعماله مضرة على صاحب الحق، والمراد بالنار ضوءها والاصطلاء بها وأخذ القبس من لهبها، فأما الجمر فهو لمالكه لا اشتراك فيه، وفي شرح الإبانة أنه لا يجوز الاصطلاء بنار الغير، ولا أخذ القبس من لهبها بغير إذنه (12).

وأما(13) الكلأ فالمراد به الحشيش لا الشجر، وقيل بل الكلأ كل نابت من غير عناية حشيشاً كان أم شجراً مثمراً أم غير مثمرٍ.

---

1 - في (أ) "لمنع" بدل مابين المعقوفتين.

2 -أخرجه البخاري في صحيحه - كِتَاب الْمُسَاقَاة الشرب -بَاب من قال إنَّ صَاحِبَ الْمَاءِ أَحَقُّ بِالْمَاءِ حتى يَرْوَى لِقَوْلِ النبي صلى الله عليه وسلم لَا يُمْنَعُ فَضْلُ الْمَاءِ -رقم٢٢٢٦(ج٢/ص٨٣٠).و مسلم في صحيحه -كِتَاب الْمُسَاقَاة -بَاب تَحْرِيمِ فَضْلِ بيع الْمَاءِ الذي يَكُونُ بِالْفَلَاةِ وَيُحْتَاجُ إليه لِرَعْيِ الْكَلَأ وَتَحْرِيمِ مَنْعِ بَذْلِهِ وَ..... -رقم١٥٦٦ (ج٣/ص١١٩٨).

3 -أخرجه ابن حبان في صحيحه -ذكر العلة التي من أجلها زجر عن هذا الفعل-رقم٤٩٥٦ (ج١١/ص٣٣٢) .

4 -هو الحسن بن محمد بن الصباح البزار الزعفراني البغدادي: فقيه، من رجال الحديث، ثقة،كان راويا للإمام الشافعي،يقال: لم يكن في وقته أفصح منه ولا أبصر، توفي سنة ٢٥٩هـ. الأعلام للزركلي - (٢ / ٢١٢).

5 - نهاية ورقة ٣٤٣ من (أ).

6 - الزيادة من (أ).

7 -هو ليث بن أبي سليم الكوفي من علماء الكوفة. قال الدار قطني: صاحب سنة، إنما أنكروا عليه الجمع في غير حديث بين عطاء وطاووس ومجاهد حسب.وقال ابن حنبل: مضطرب الحديث. وروى له مسلم مقروناً وروى له الأربعة. توفي سنة ثلاث وأربعين ومائة. الوافي بالوفيات - (٧ / ٣٠١).

8 - التلخيص الحبير (ج٣/ص٦٦) .

9 -سبق تخريجه ص١٠٠٩ .

10 - الزيادة من (أ).

11 - الزيادة من (أ).

12 - شرح الإبانة (خ) .

13 - في (ب)"وأما".

نعـــــم: وروي عن المؤيد والوافي أنّ هذا النوع من الماء ملك ولا يستثني منه شيء والله أعلم [١].

وقول المؤلف عليلم "ويملك من أخذه إلى آخره" يعني أن هذا النوع من الماء على قولنا بأنه حق، فمن أخذ شيئاً منه ملكه لكنه يأثم من أخذ منه شيئاً على وجه يضر بصاحب الحق، وأراد بنحو الأخذ الداخل إلى ملك الغير من دون إذنه، فإذا كان الماء في ملكٍ كالبئر في الدار، أو في الأرض المملوكة، أو الموقوفة على مخصوص، فإنه لا يجوز الدخول إليه إلا بإذن المالك، أو ما في حكم الإذن من عرف أو ظن رضا.

قال في الغيث: ولو أحيا محيي على فضلته لم يكن له صرف الفضلة عنه إلا على وجهٍ يعود إليه ولا يضره انتهى [٢].

فـــــرع: وما أحرز من المال في الآنية ولم ينقل فالظاهر أنه من النوع المختلف فيه، وأما ما نقل من دون إحراز نحو ما يحوضه الإنسان بيده من الماء المباح.

قيل: لعله لا يملك بذلك لعادة المسلمين بذلك، قلت وكذا لا يصير حقاً لمن نقله لمثل ما ذكره والله أعلم.

قوله عليلم: " **فإن كان مقره لمتعدد فالحق بحسب الحصص إن تميزت** " أي فإن كان مقر الماء ملكاً لجماعةٍ وجب أن يكون الماء الحق مقسوماً بينهم على قدر حصصهم في مقره إن[٣] تميزت وعلمت حصة كل واحد منهم في المقر، وذلك بأن يجتمعوا على الحفر واستخراج الماء من البئر أو العين أو بأن يحيوا أراضيهم على الماء المباح في وقت واحدٍ فيكونوا فيه وفي مقره وممره على سواء، حيث استوت في ذلك عنايتهم وغرامتهم، فإن اختلفت عناياتهم وغراماتهم في ذلك، فعلى حسب ما تراضوا به نحو أن يتراضوا بأن من أدى نصف الغرامة كان له النصف ونحو ذلك .

قوله عليلم:" **وإلا فعلى الرؤوس**[٤] **غالباً** " معناه وإن لم تتميز الحصص في مقر الماء وممره ومنبعه بل التبست وتشاجروا فيها ولم يبين أحد منهم، ولا حصل ما هو في حكم البينة فإنه يقسم الماء بينهم على عدد رؤسهم، سواء كان على ذلك الماء مزارع ونحوها أم لا.

---

1 - **الغيث المدرار ج٣(خ) والبيان لابن مظفر (٢٨٨/٣)** .

2 - **الغيث المدرار ج٣(خ)** .

3 - **في (ب)"فإن".**

4 - **في المخطوط (الروس)** .

وقوله "غالبا" قال في الشرح: احتراز من أن يعلم ثبوت السقي لها جميعاً وتشاجروا كم لكل شخص منهم، فإن القسمة لا تكون على الرؤوس حينئذ بل على قدر مساحة الأرض فيكون لكل منهم بقدر حصته في المزرعة ذكره أصحاب ش [١]، وهو المراد بكلام أهل المذهب وصححه المؤلف عليلم انتهى [٢].

وقوله عليلم: " **كمحياه على المباح** " يعني أن حكم هذه المسألة نظير للحكم المحترز عنه بقوله غالباً في أنّ الماءَ [/٣] تقسم على قدر مساحة الأرض في مسألة غالباً كما تقسم على قدر مساحة الأرض المحياة على الماء المباح، حيث وقع الإحياء في حالة واحدة فأما حيث تقدم أحدهم بالإحياء، أو نحو التقدم فقد أوضح المؤلف عليلم حكم ذلك بقوله " **ولذي الصبابة كالمتأخر إحياؤه ما فضل عن كفاية السابق** " أي ويكون لمستحق الصبابة ما فضل عن كفاية السابق له باستحقاق الماء وذلك فلا، ثلاث صور:

الأولى: المتأخر إحياؤه على الماء المباح كما مثل به في المختصر، والثانية: [مسألة] [٤] من أرسلت إليه الفضلة فاحيي عليها، والثالثة: مسألة من باع أرضاً بحقها من الماء واستثنى ما فضل عن كفاية المبيع من الماء، فإنه يكون له ما فضل عن كفاية الأرض المبيعة، وقد دخلت هذه الثلاث الصور تحت [عموم] [٥].

قوله: "ولذي الصبابة" إلى آخره، ونص على أحدها بقوله كالمتأخر إحياؤه .

تنبيـــــهٌ: قال أقل المذهب: والكفاية أن يحبس الماء حتى يبلغ الشراكين في الزرع والكعبين في النخل لورود الخبر في المخل بذلك، كما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أنّ رسول الله صلى الله عليه وآله قَضَى في سَيْلِ الْمَهْزُورِ أَنْ يُمْسَكَ حتى يَبْلُغَ الْكَعْبَيْنِ ثُمَّ يُرْسِلُ الأعلى على الْأَسْفَلِ "أخرجه أبو داود[٦]، وعن ثَعْلَبَةَ بن أبي مَالِكٍ أَنَّهُ سمع كُبَرَاءَهُمْ يَذْكُرُونَ أَنَّ رَجُلًا من قُرَيْشٍ كان له سَهْمٌ في بَنِي قُرَيْظَةَ فَخَاصَمَ إلى رسول اللَّهِ صلى الله عليه وآله في سيل مَهْزُورٍ، ومد بيت الذي يَقْتَسِمُونَ مَاءَهُ فقضي رسول اللَّهِ صلى

1 - مغني المحتاج (ج٢/ص٣٧٥).
2 - الجامع في الشرح (خ) .
3 - نهاية ورقة ٣٦٠ من (ب).
4 - الزيادة من (ب).
5 - الزيادة من (ب).
6 - أخرجه أبو داود في سننه - كِتَاب الْأَقْضِيَةِ - أبواب من الْقَضَاءِ -رقم٣٦٣٩ (ج٣/ص٣١٦)وهو حسن . ينظر صحيح وضعيف سنن أبي داود -رقم٣٦٣٩.

الله عليه وآله أَنَّ الْمَاءَ إلى الْكَعْبَيْنِ لَا يَحْبِسُ الأعلى على الْأَسْفَلِ " أخرجه الموطأ، وكذا أبو داود إلا أنه لم يذكر مُذَيْنِباً [١].

فائـــدة: قال في النهاية مهزور يعني بتقديم الزاي على الراء وادي بني قريظة بالحجاز، فأما بتقديم الراء على الزاي فموضع سوق [المدينة] [٢] تصدق به رسول الله صلى الله عليه وآله على المسلمين انتهى [٣].

و مُذَيْنِباً مصغر اسم موضع هنالك.

قال في البحر: فَإِنْ كَانَتْ أَرْضٌ بَعْضُهَا مُطْمَئِنٌّ فَلَا يَبْلُغُ فِي بَعْضِهَا إلى الْكَعْبَيْنِ إلَّا وَهُوَ فِي الْمُطْمَئِنِّ[٤] إلى الرُّكْبَتَيْنِ ، قَدَّمَ الْمُطْمَئِنَّ إلى الْكَعْبَيْنِ ثُمَّ حَبَسَه وَسَقَى بَاقِيَهَا .

أبو طالب: الْعِبْرَةُ بِالْكِفَايَةِ بِالْأَعْلَى وَتَقْدِيرُ الْهَادِي عَلَى قَدْرِهَا فِي جِهَتِهِ "انتهى [٥].

يعني تقديره في الزرع إلى الشراكين وفي النخل إلى الكعبين، وحكم سائر الأشجار حكم النخل في ذلك، ويؤيد ما ذهب إليه أبو طالب أن[٦] أخبار التقدير بالكعبين فيها مقال ثم معارضة بخبر الزبير وهو في الصحيحين "عن ابن الزُّبَيْرِ عن أبيه أَنَّ رَجُلًا من الْأَنْصَارِ خَاصَمَ الزُّبَيْرَ عِنْدَ النبي صلى الله عليه وآله في شِرَاجِ الْحَرَّةِ التي يَسْقُونَ بها النَّخْلَ فقال الْأَنْصَارِيُّ سَرِّحْ الْمَاءَ يَمُرُّ [فَأَبَى عليه] [٧] فَاخْتَصَمَا عِنْدَ النبي صلى الله عليه وآله فقال رسول اللَّهِ صلى الله عليه وآله اسق[أرضك] [٨] يا زُبَيْرُ ثُمَّ أَرْسِلْ الْمَاءَ إلى جَارِكَ فَغَضِبَ الْأَنْصَارِيُّ ثم قال[٩/] يا رسول الله أَنْ كان ابن عَمَّتِكَ فَتَلَوَّنَ وَجْهُ رسول اللَّهِ صلى الله عليه وآله ثُمَّ قال اسْقِ أرضك يا زُبَيْرُ ثُمَّ احْبِسْ [الْمَاءَ] [١٠]حتى يَرْجِعَ إلى[١١] الْجَدْرِ فقال الزُّبَيْرُ والله إني لَأَحْسِبُ هذه الْآيَةَ نَزَلَتْ في ذلك(فلا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حتى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ)"[١٢].

---

1 - أخرجه مالك في الموطأ - كتاب الأقضية -باب الْقَضَاءِ في الْمِيَاهِ -رقم١٤٢٦(ج٢/ص٧٤٤). و أبو داود في سننه - كِتَاب الْأَقْضِيَةِ - أبواب من الْقَضَاءِ -رقم٣٦٣٨ (ج٣/ص٣١٦).وهو صحيح . ينظر صحيح وضعيف سنن أبي داود - رقم٣٦٣٨.
2 - سقط من (ب).
3 - النهاية في غريب الأثر (ج٥/ص٢٦١) .
4 - في (ب)"الطمئن".
5 - البحر الزخار - (١٠ / ٩٩) .
6 - في (ب)"في".
7 - سقط من المخطوط.
8 - الزيادة من (ب).
9 - نهاية ورقة ٣٤٤ من (أ).
10 - سقط من (ب).
11 - في (أ)"يبلغ".
12 - النساء:٦٥.

أخرجه البخاري ومسلم[1]، وفي رواية البخاري "عن عروة نحوه، وزاد" فَاسْتَوْعَى[2] رسول اللَّهِ صلى الله عليه وآله حَقَّهُ لِلزُّبَيْرِ وكان رسول اللَّهِ صلى الله عليه وآله قد أَشَارَ على الزُّبَيْرِ بِرَأْيٍ له فيه سَعَةٍ له ولِلْأَنْصَارِيِّ فلما أَحْفَظَه- [أي أغضبه] [3] - الْأَنْصَارِيُّ اسْتَوْعَى[4] رَسُولَ اللَّهِ صلى الله عليه وآله لِلزُّبَيْرِ حَقَّهُ في صَرِيحِ الْحُكْمِ" [5].

وأخرج أبو داود والنسائي نحو الرواية الأولى [6].

فائـــدة: شراج الحرة جمع شرجة بشين معجمة مفتوحة ثم راء مهملة ساكنة ثم جيم وهي مسيل الماء من الحرة إلى السهل، والشرج مثلها[7]، والحَرَّةُ بفتح الحاء المهملة أرض ذات حجارة [8]، وأما قوله سرّح الماء [فهو] [9] بالسين المهملة والراء المشددة ثم حاء مهملة، ومعناه أرسل الماء حتى يجري [10].

قال في التلخيص: وَاسْمُ الْأَنْصَارِيِّ ثَعْلَبَةُ بن حَاطِبٍ[11] وَقِيلَ حُمَيْدٌ [12] وَقِيلَ حَاطِبُ بن أبي بَلْتَعَةَ[13]، ولَا يَصِحُّ لِأَنَّهُ ليس أَنْصَارِيًّا، انتهى [14].

---

1 - أخرجه البخاري في صحيحه -كِتَاب الْمُسَاقَاةِ الشرب -بَاب سَكْرِ الْأَنْهَارِ - ٢٢٣١ (ج٢/ص٨٣٢). و مسلم صحيحه -كِتَاب الْفَضَائِلِ -بَاب وُجُوبِ أتباعه صلى الله عليه وسلم -رقم٢٣٥٧(ج٤/ص١٨٢٩). و أبو داود في سننه -رقم٣٦٣٧ (ج٣/ص٣١٥)و النسائي في السنن الكبرى- سورة النساء بسم الله الرحمن الرحيم -قوله تعالى فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم -رقم١١١١٠(ج٦/ص٣٢٤) .

2 - في المخطوط "فَاسْتَوْفَى" .

3 -الزيادة من المخطوط .

4 - في المخطوط "فَاسْتَوْفَى" .

5 - أخرجه البخاري في صحيحه - كِتَاب الصُّلْحِ -بَاب إذا أَشَارَ الإمام بِالصُّلْحِ فَأَبَى حَكَمَ عليه بِالْحُكْمِ الْبَيِّنِ -رقم٢٥٦١ (ج٢/ص٩٦٤)بتصرف بسيط من المصنف .

6 - أخرجه أبو داود في سننه –كتاب الأقضية–أبواب من القضاء -رقم٣٦٣٧ (ج٣/ص٣١٥)و النسائي في السنن الكبرى - كتاب القضاء - التسهيل للحاكم المأمون أن يحكم وهو غضبان -رقم٥٩٦٣(ج٣/ص٤٧٥).

7 - النهاية في غريب الأثر - (٢ / ١١٣٠). والتلخيص الحبير (ج٣/ص٦٦). و عمدة القاري (ج١٢/ص٢٠١) .

8 -المصباح المنير - (١ / ٧١).

9 - الزيادة من (أ).

10 - عمدة القاري (ج١٢/ص٢٠١).

11 -هو ثعلبة بن حاطب الأنصاري من بنى أمية بن زيد شهد بدرا (الجرح والتعديل ج٢/ص٤٦١).

12 - لا يعرف من هو حميد واكتفى في عمدة القاري بأن قال :حميد بضم الحاء وفي آخره دال مهملة رجل من الأنصار خاصم الزبير في شراج الحرة الحديث قال أبو موسى المديني هذا حديث صحيح له طرق ولا أعلم في شيء منها ذكر حميد إلاَّ في هذه الطريق . عمدة القاري ج١٢/ص٢٠١ و في فتح الباري: أن ابن بشكوال حكى في مبهماته عن شيخه أبي الحسن بن مغيث أن حميد هو ثابت بن قيس بن شماس قال ولم يأت على ذلك بشاهد قال ابن حجر وليس ثابت بدريا وحكى الواحدي أنه ثعلبة بن حاطب الأنصاري .(فتح الباري ج٥/ص٣٥)بتصرف .

13 - هو حاطب بن أبي بلتعة اللخمي: صحابي، شهد الوقائع كلها مع رسول الله r وكان من أشد الرماة، في الصحابة ،و أحد فرسان قريش وشعرائها في الجاهلية ، وكانت له تجارة واسعة، بعثه النبي r بكتابه إلى المقوقس ، ومات في المدينة سنة ٣٠ هـــ (الأعلام للزركلي (٢ / ١٥٩).

14 - التلخيص الحبير (ج٣/ص٦٦) .

وقوله "الجدر" يروى بفتح الجيم وسكون الدال المهملة وروى بضمها ورواه بعضهم بفتح الجيم وسكون الدال المعجمة، وجدر الشيء أصله .

قوله عليلم:" **وَمَنْ فِي مِلْكِهِ حَقٌّ نحو مَسِيلٌ لَمْ يُمْنَعْ الْمُعْتَادُ وَإِنْ ضَرَّ** " أراد بنحو المسيل الاساحة فإذا كان الأعلى يستحق إفاضة مائه إلى الأسفل، والأسفل يستحق مسيل الماء في حق الأعلى لم يكن للأسفل أن يمنع من الاساحة إليه، و لا للأعلى أن يمنع من المسيل وإن[١] جرب زرعه وحدد أرضه فلو فعل غير المعتاد[٢] ضمن ذكر ذلك الفقيه س[٣].

وثبوت الاساحة أو[٤]السيل يكون بالتصادق أو البينة ونحوها أو بالضرورة أو باليد على القول بأن الحقوق تثبت باليد.

قوله عليلم:" **وعَلَيْهِ إِصْلَاحُهُ غالباً** " يعني أنه من كان إلى أرضه إساحه أو فيها مسيل لغيره، وتغير في أيها شيء فإنه يجب على مالك الأرض إصلاحه ليصل صاحب الحق إلى حقه كما يجب على رب السفل إصلاحه لينتفع رب العلو بعلوه، فلو أنه أرتفع موضع الاساحة حتى تعذرت، وجب على الأسفل توطئة أرضه، وكذا إذا تغير مجرى الماء من الأرض العليا، وجب على مالكها إصلاحها[٥]، وإن تعير الموقر فيما شربه موج وتخرب لزم صاحبه إصلاحه، وإلا كان لصاحب المدغر أن يعقم على أرضه ونحو ذلك، و[٦] إن ارتفع المدغر لم يكن لصاحبه أن يغرم عليه بل يزيل ارتفاعه، وإن انخفض الموقر عما كان عليه فعلى صاحبه إصلاحه، فإن أبى كان لصاحب المدغر أن يغرم على موضعه .

وقول المؤلف "غالباً" قال في الشرح: احتراز من أن يجري العرف بأن إصلاح المسيل على صاحبه دون من هو في ملكه، فإنه لا يجب إصلاحه على المالك، وهذا مزيد من المؤلف عليلم انتهى [٧].

فـــــرعٌ: وإذا ادعى صاحب السفل[٨]

---

1 - في (ب)"فإن".
2 - في (ب) "معتاد".
3 - التذكرة الفاخرة (ص٤٤٣).
4 - في (ب)"و".
5 - في (أ)"اصلاحه".
6 - في (ب)"أو".
7 -الجامع في الشرح (خ) .
8 - في (ب)"الأسفل".

أنه مشارك في [1/] أصل الماء، وقال الأعلى ليس لك إلا ما فضل عن كفاية أرضي، فقال المؤيد القول لصاحب الأسفل، وقال أبو مضر بل لصاحب الأعلى.

قيل ف: وقول المؤيد أقوى في الغيل، وقول أبي مضر أقوى في السيل للعرف بذلك.[٢]

فـــــرع: وإذا ثبت للأسفل حق الصبابة من الأعلى ثبت للأعلى حق إرسالها إلى الأسفل، فلا يكون للأسفل منعه من إرسالها وإن[٣] أراد الأعلى أن يجعل ساقيته من أصل الماء في حقه، أو في غيره إلى الأسفل لم يكن له ذلك لأنه يضر بالأسفل بإلقاء الطين في أرضه، ومن ثبت له [حق] [٤] مسيل أو طريق في ملك غيره، فأراد المالك نقله من موضعه إلى موضع آخر على وجه لا يضر صاحب الحق فقيل ع له ذلك وقيل [س] [٥]: لا [٦].

مســـألة: من اتخذ غرماً في وادٍ يرد به الماء ليسقي به أرضاً له مرتفعة، فإن كان ذلك حقاً له من الأصل جاز، بشرط أن لا يمتد الماء إلى أرض غيره فيضرها فإن[٧] لم يكن ذلك حقاً له من الأصل، فإن لم يكن لأحد حق في ذلك الوادي غيره جاز، وإن كان فيه حق لغيره، فإن كان لمحصورين لم يجز إلا برضاهم، وإن كان لغير محصورين لم يجز، إلا بشروط - ثلاثة- وهي عدم المضرة، وأن يكون لمصلحة عامة أو لمن فيه مصلحة عامة، وأن تكون بإذن الإمام أو الحاكم [٨].

مســـألة: وإذا[٩] كانت الساقية [مقسومة] [١٠] بين أرضين وارتفعت إحدى الأرضين عما كانت عليه فطلب صاحبها نقل القسمة إلى موضع أعلى من موضعها الأول، فقال المؤيد: له ذلك، وقيـــل: لا [١١].

قوله عليلم :" **وَيَمْنَعَ الْمُحْيِي لِحَرِيمِ نحو عين إلَّا لِمَالِكٍ**" فإذا كان لشخص عين أو نحوها من بئر أو دارٍ أو إنسان أو أرض وأراد غيره أن يجيء بالقرب من ملكه

1 - نهاية ورقة ٣٦١ من (ب).
2 -البيان لابن مظفر (٢٧٧/٣) .
3 - في (ب)"وإن".
4 -سقط من (ب) .
5 - الزيادة من (أ).
6 -البيان لابن مظفر (٢٨٠/٣) .
7 - في (ب)"وإن".
8 -البيان لابن مظفر (٢٨١/٣) .
9 - في (ب)"وإن".
10 - سقط من (ب).
11 -البيان لابن مظفر (٢٨٣/٣) .

لم يجز له [ذلك] [١] إلا برضا المالك للعين ونحوها إلا إذا كان المريد للأحياء مالكاً للموضع الذي يريد إحياءه من قبل حدوث العين ونحوها لم يمنع من ذلك، وكذا إذا أراد مالك العين ونحوها أن يحيي حريمها لم يمنع.

تنبيـــــهٌ: يذكر فيه ما قيل في تقدير حريم الأشياء المذكورة، فعن الهادي وأبي يوسف أن حريم العين الكبرى الفوارة خمسمائة ذراع من كل جانب استحساناً [٢].

وعن الهادي وح وش: حريم البئر الإسلامية أربعون ذراعاً[٣] لحديث عبدالله بن مغفل من احتفَرَ[٤] بِئْرًا فَلَهُ أَرْبَعُونَ ذِرَاعًا حولها لعطن[٥] مَاشِيَتِهِ [٦].

قيل: رواه ابن ماجة في سند مضعف، وقد أخرجه الطبراني عن الحسن [٧]، وقال أحمد بن حنبل خمسة وعشرون ذراعاً [لحديث أبي هريرة حريم البئر البدء[٨] خمسة وعشرون ذراعاً [٩]] [١٠]، وحريم البئر العادية خمسون ذراعاً رواه الدار قطني من طريق سعيد بن المسيب عنه [١١]، وقال أبو يوسف ومحمد: لبئر الشرب أربعون ولبئر الناضح[١٢] ستون[١٣] لما روي في شرح مختصر الحنفية عن النبي صلى الله عليه وآله ولفظه "حريم بئر العطن أربعون ذراعاً، وحريم بئر الناضح ستون ذراعاً"انتهى [١٤].

---

1 - سقط من (ب).

2 - شرح الأزهار - (٣ / ٣٧٧).و البيان لابن مظفر (٢٨٤/٣) .

3 -المرجع السابق والصحيح من مذهب الشافعي حريم البئر معتبر بالعرف أيضاً من غير تحديد. ينظر (الحاوي الكبير ج٧/ص٤٨٨).

4 - في السنن "حفر" .

5 - العَطَنُ محرَّكةً : وطَنُ الإبل ومَبْرَكُها حَوْلَ الحَوْض ومَرْبَضُ الغَنَم حَوْلَ الماء . القاموس المحيط - (١ / ١٥٦٩)

6 - أخرجه ابن ماجه في سننه - كتاب الرُّهُونِ -بَاب حَرِيمِ الْبِئْرِ -رقم٢٤٨٦ (ج٢/ص٨٣١). والطبراني في المعجم الكبير- رقم٧٠٦٠. عن سمرة بلفظ ... وَلا يُمْنَعُ الْمِحْفَرَ إِذا نَزَلَ الْحَافِرُ خَمْسَةً وَعِشْرِينَ ذِرَاعًا عَطَنًا لِلْمَاشِيَةِ .(ج٧/ص٢٦٠). وهو حسن. ينظر صحيح وضعيف سنن ابن ماجة رقم٢٤٨٦ (٥ / ٤٨٦).

7 - لم أقف على أصله عن ابن مغفل وإنما أخرجه ابن ماجه في سننه عن سَمُرَةَ وسبق تخريجه آنفاً، و الطبراني في المعجم الكبير -رقم٧٠٦٠ (ج٧/ص٢٦٠).

8 -أي المحدثة. الروض المربع (ج٢/ص٤٢٧) .

9 - الروض المربع (ج٢/ص٤٢٧).

10 - سقط من (ب).

11 -رقم٦٣ (ج٤/ص٢٢٠)ي في سننه - كتاب عمر رضي الله عنه إلى أبي موسى الأشعري - باب في المرأة تقتل إذا ارتدت. -رقم٦٣ (ج٤/ص٢٢٠) وهو ضعيف ينظر (سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة وأثرها السيئ في الأمة -رقم١٠٢٧ (٣ / ٩٧).

12 - الذي يُستَقَى عليه الماء. (المخصص ــ لابن سيده (٢ / ٢٠٣).

13 - المبسوط للسرخسي (ج٢٣/ص١٦٢).والبحر الرائق (ج٨/ص٢٤٠).وبدائع الصنائع (ج٦/ص١٩٥).والحاوي الكبير (ج٧/ص٤٨٩).

14 - مختصر القدوري في الفقه الحنفي - لأحمد بن محمد البغدادي الحنفي القدوري - (١ / ٧٨)بدون الإسناد إلى رسول الله، و الهداية شرح البداية (ج٤/ص١٠٠). ومجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر (ج٤/ص٢٣٢). قال صاحب الدراية في تخريج أحاديث الهداية: "لم أجده هكذا".(ج٢/ص٢٤٥). وقال في نصب الراية هوغريب (ج٤/ص ٢٩٢).

وأما البئر الجاهلية فحريمها خمسون ذراعاً اتفاقاً [١]، وعليه حديث أبي هريرة الذي مر.

وفي ذلك أحاديث أخر لا يخلو أيها عن مقال والله أعلم.

قال في البحر:" وَحَرِيمُ الدَّارِ الْمُنْفَرِدَةِ فِنَاؤُهَا وَهُوَ مِقْدَارُ أَطْوَلِ جِدَارٍ فِي الدَّارِ وَقِيلَ مَا تَصِلُ إلَيْهِا حِجَارَتُها لَوْ انْهَدَمَتْ" [٢].

يعني في المكان المستوي ولعل الأصل في ذلك ما أخرجه أبو داود من حديث أبي سَعِيدٍ الْخُدْرِيِّ قال:" اخْتَصَمَ إلى رسول اللَّهِ صلى الله عليه[٣/] وآله رَجُلَانِ في حَرِيمِ نَخْلَةٍ فَأَمَرَ بها فَذُرِعَتْ فَوُجِدَتْ سَبْعَةَ أَذْرُعٍ"، وفي رواية "خَمْسَةَ أَذْرُعٍ فَقَضَى بذاك، وفي رواية "فَأَمَرَ بِجَرِيدَةٍ من جَرِيدِهَا فَذُرِعَتْ "[٤]الحديث والله أعلم .

قال أهل المذهب وَحَرِيمُ النَّهْرِ قَدْرُ مَا يُلْقِي فِيهِ طِينَ كَسْحِهِ، قال أبو يوسف:بَلْ مِثْلُ نِصْفِ عرضه مِنْ كُلِّ جَانِبٍ، وقال مُحَمَّدٌ: مثل عرضه من كل جانب، وقال أبو حنيفة لَا حَرِيمَ لَهُ [٥].

لَنَا: الْقِيَاسُ عَلَى الْبِئْرِ ، وَالْجَامِعُ الْحَاجَةُ [٦].

وكذا يكون حريم الأرض قدر ما يحتاج إليه وقت عملها وألقى كسحها [٧][والله أعلم] [٨].

وقيل: لا تحديد لشيء مما تقدم، وإنما العبرة بقدر ما تدعو إليه الحاجة وتؤمن معه المضرة، وذلك يختلف باختلاف البلدان [٩]، وهذا كله حيث يكون موضع الحريم مباحاً أو يلتبس الملك فيه بالمباح فيترك للملك ذلك القدر، فأما حيث يكون ملكاً للغير فلا حريم فيه لكن إن كانت المجاورة عن قسمة لم يفعل أي المتقاسمين في نصيبه ما يضر الآخر كما مر.

---

1 -البحر الزخار - (١٠ / ١٠٧) .

2 -المرجع السابق.

3 - نهاية ورقة ٣٤٥ من (أ).

4 - أخرجه أبو داود في سننه –كتاب الأقضية-أبواب من الْقَضَاءِ-رقم٣٦٤٠ (ج٣/ص٣١٦) وهو صحيح .ينظر(سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة وأثرها السيئ في الأمة (٧ / ٤٨٢)و صحيح وضعيف سنن أبي داود - رقم٣٦٤٠ .

5 - البحر الرائق (ج٨/ص٢٤١). و الدر المختار (ج٦/ص٤٣٧).

6 -البحر الزخار (١٠ / ١٠٨) .

7 - الكَسْحُ :الكَنْسُ كَسَحَ البيتَ والبئر يَكْسَحُه كَسْحاً كَنَسه والمِكْسَحة المِكْنَسةُ.(لسان العرب - (٢ / ٥٧١).

8 - الزيادة من (أ).

9 - شرح الأزهار - (٣ / ٣٧٧) بنحوه .

فــــــرعٌ: وإذا كانت الحافة[١] بين نهر وأرض أو دارٍ وادعى كل من المالكين أنها له، فإن كانت اليد عليها لأحدهما، فالقول له،

وإن لم يكن لأيهما عليه[٢] يد، فإن علم تقدم ملك أحدهما على الآخر فهو أولى بها، وإن لم يعلم ذلك فإن كانت تكفيها فلهما، وإن لم يكن يكفيهما، فقال المؤيد الأرض، أو الدار أولى بها لكثرة حاجتها[٣] إليها، وقال أبو العباس [والشافعي] [٤] بل النهر أولى بها ورجح للمذهب[٥].

قوله عليلم: " **لَا مَنْ جَرَّ مَاءً مِنْ مِلْكِ نَفْسِهِ أَوْ سَقَى بِنَصِيبِهِ غَيْرَ ذَاتِ الْحَقِّ إلَّا لِإِضْرَارٍ** "هاتان مسألتان:

الأولى: أنه لا يمنع من جر ماء موجوداً في ملك غيره بأن حفر بئراً في ملك نفسه فجذب ذلك الذي في ملك الغير، وذلك لأنه حفر في ملكه الذي لا حق فيه لغيره فلا وجه فيه لمنعه، وسواء حفر من أعلى أو من أسفل ذكره القاضي جعفر، وهو الظاهر من إطلاق المسألة، وعن القاسم لا يجوز له أن يحفر من أعلى ولا من أسفل، وعن الفقيه ح إن حفر من أسفل فله أخذ الماء لا من أعلى، وقيل عكسه، قيل و العباس الجواز أن يقدم ملك الحافر على النهر لا إن تأخر [٦].

المسألة الثانية: فيما إذا كان الماء مشتركاً، فأراد أحد الشركاء أن يسقي بنصيبه من الماء أرضاً له أو لغيره لا حق لها في ذلك الماء فإنه لا يكون لشركائه أن يمنعوه من ذلك إلا إذا كان يحصل به مضرة عليهم أو على أحدهم نحو أن يكون له كفايته من الماء ولشريكه ما فضل عن كفايته فإنه إذا صرف الماء إلى غير [٧/] المعتاد ضر بمن له الفضلة، فيمنع من ذلك إلا أن يعلم أنه لا يزيد على ما كان يأخذه للمعتاد فلا يمنع حينئذ، وقد قال أبو العباس: إن كانت القسمة بالمياومة[٨] جاز له صرفه أينما شاء، وإن كانت القسمة بالكفاية لم يجز وعلل ذلك بالمضرة.

قيل س: فعلى هذا إن ضر لم يجز ذلك في الوجهين، وذلك بأن يسقي بيومه في الأرض الأخرى فتيبس الساقية حتى تأخذ بعض ماء الشريك في نوبته، فإن لم يضر فإن كان

---

1 - "هي الأرض المتسعة " تعليق في الحاشة من(أ).
2 - في (ب)"عليها".
3 - في (ب)"حاجتهما".
4 - الزيادة من (أ).
5 -التذكرة الفاخرة (ص٤٤٣). ومغني المحتاج (ج٢/ص٣٧٣).
6 - البيان لابن مظفر (٢٨٥/٣)بنحوه .
7 - نهاية ورقة ٣٦٢ من (ب).
8 -أي يوم بيوم.

المجرى ملكاً له جاز وإن كان مشتركاً، وأراد أن يفتح في جانب النهر [فتحاً] [١] غير معتاد لم يجز إلا برضا شريكه، وأما من دون فتح أو كان معتاداً فلا يمنع هذا حاصل ما ذكره أهل المذهب [٢]، وأما ما استحسنه بعض المتأخرين من أنه يمنع مطلقاً لئلا يؤدي ذلك إلى ثبوت حق لغير ذات الحق فالأقرب خلافه والله أعلم .

وعبارة المؤلف عليلم في هذا الفصل مما ليس لحسنه غاية ولا لجودته نهاية لتصريحها بأنواع الماء وأحكامه، وما هو متفق عليه ومختلف فيه وخلوصها عما وقع في غيرها من الإجمال والاشكال مع غاية الاختصار، ذلك فضل الله يؤتيه من يشاء ويختاره .

فائـــدة: إذا كان الماء مشتركاً بين جماعة فغاب بعضهم وخربت أرضهم كان لمن حضر منهم أن يسقي بنصيبه من الماء ويكون ذلك كالمهاياه ذكره المؤيد، وأما نصيب شركائه فعلى القول بأن الماء حق [له] [٣] يجوز له أن يأخذ منه ما لا يضرهم إذا لم يستعمل شيئاً من أملاكهم، وعلى القول بأنه ملك ليس له ذلك إلا إذا كان قد غرم على ما هو مشترك بينهم فيأخذ من نصيبهم من الماء بقدر ما يرجع به عليهم بأمر الحاكم، وإن عرف أن تركهم للماء رغبة عنه جاز الأخذ منه مطلقاً [٤].

قيل ف : وهذا حيث خربت جدارات أرضهم وأعرامها فقط، فأما لو خربت الأرض حتى صارت لا يمكن أن يدخلها الماء فله أخذ جميع الماء انتهى .

وحيث أخذ من نصيب شركائه[٥] ما لا يجوز له، فعلى القول بأنه حق لا ضمان عليه بل يجب عليه الاستحلال منهم للإساءة إن علموا بذلك وإلا فلا، وعلى القول بأنه ملك يضمنه بمثله على القول بأنه مثلي وبقيمته يوم استهلاكه على القول بأنه قيمي [٦].

فائـــدة أخرى: قيل ما كان مشتركاً بين جماعة، وفيهم غائب، وأراد الحاضر أن ينتفع بقدر نصيبه منه فحيث يمكن الانتفاع ببعضه، وترك بعضه نحو الدار والأرض يجوز له أن ينتفع بقدر نصيبه، ويترك قدر نصيب شريكه ذكره المؤيد،وقال أبو جعفر وأبو مضر لا يجوز إلا أن يجري به عرف [٧].

---

1 - سقط من (ب).
2 - البيان لابن مظفر (٢٨١/٣) .
3 - الزيادة من (ب).
4 -البيان لابن مظفر (٢٨٦/٣) .
5 - في (ب)"شريكه".
6 -البيان لابن مظفر (٢٨٧/٣)بنحوه .
7 - البيان لابن مظفر (٢٨٢/٣) .

قيل: وهذا إذا كان الانتفاع يسيراً كالسكنى، وأما إذا كان كثيراً كالبناء والغرس فلا يجوز، وإن كان متوسطاً كالزرع ففيه تردد على أصل م بالله فلو أنه بنى أو غرس نظر، فإن أمكنت القسمة قبل الرفع قسمت الأرض فإن وقع بناه وغرسه في نصيب شريكه رفعا وإن لم تمكن القسمة مع بقائهما رفعا، وحيث لا يمكن الانتفاع ببعضه وترك بعضه، فما كان مقصوداً في نفسه كالحيوان و[١] السلعة لا يجوز أن ينتفع به في وقت دون وقت على وجه المهاياه إلا بإذن شريكه، أو يحكم حاكم وما كان المقصود به غيره كالطريق المشتركة والنهر المشترك فلكل واحد من الشركاء أن يستطرق الطريق متى شاء، وأن يجري الماء في النهر إلى ملكه متى شاء سواء حضر شركاؤه أم غابوا، والوجه في ذلك عادة المسلمين[٢].

---

1 - في (ب)"أو".

2 -البيان لابن مظفر (٢٨٢/٣) .

بَابُ الْقِسْمَةِ

هي تعيين ما يستحقه كل واحد من الشركاء [١].

وفي الشرع: إفراز الحقوق، وتعديل الانصباء [٢].

وهي مشروعة إجماعا، وعليها من الكتاب قوله تعالى:**(وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُوْلُواْ الْقُرْبَى)** الآية[٣] ونحوها [٤].

ومن السنة [٥/أ] قسمته صلى الله عليه وآله لغنائم بدر [وحنين وخيبر وحنين] [٦] وغيرها[٧].

ولها شروط في الصحة، وشروط في الإجبار.

أما شروط الصحة فقد أوضحها المؤلف عليلم بقوله " **يشرط لصحتها ونفوذها لحضور أو ما في حكمه من المشتركين أو من في حكمهم غالباً** "أراد بما في حكم الحضور إجازة المالك لقسمة الفضولي ويكون ذلك الحضور من المشتركين في المقسوم أو ممن هو في حكم المشتركين، وهو من ينوب عنهم من ولي أو وكيل أو منصوب.

وقوله "غالباً" احتراز من أن يكون المقسوم تركة مستغرقة، فالدين فإنه لا يكفي في النفوذ مجرد الحضور بل لا بد في حصوله من إبقاء الدين أو الإبراء منه كما في البيع، وهذا مبني على أن للوارث ملكاً ضعيفاً في التركة، وأنه ليس بخليفة للميت.

ويحترز أيضاً من أن يكون المقسوم [و] [٨] من القدر بالكيل أو الوزن، فإنه لا يشترط فيه الحضور لصحة القسمة على الأصح، والوجه في اشتراط الحضور لصحة القسمة كونها في التحقيق معاوضة، فاعتبر فيها التراضي كسائر المعاوضات، وينصب الحاكم نائباً عن

---

1 -القسمة لغة اسم للاقتسام كالقدوة للاقتداء وشرعا تمييز بين الحقوق الشائعة بين المتقاسمين.(أنيس الفقهاء (١ / ٢٧٢).
2 - شرح الأزهار - (٣ / ٣٨١).
3 - النساء:٨.
4 - البحر الزخار - (١٠ / ١١٤).
5 - نهاية ورقة ٣٤٦ من (أ).
6 - في (ب)" وحنين وخيبر ".
7 - أخرجه البخاري في صحيحه -أبواب الخمس - بَاب الْغَنِيمَةُ لِمَنْ شَهِدَ الْوَقْعَةَ -رقم٢٩٥٧.(ج٣/ص١١٣٦).
8 - الزيادة من (أ).

اليتيم والمسجد والغائب والمتمرد إذ شرعت للفصل، ولا يلزم الحاضر تأخير القسمة حتى يحضر الغائب ونحوه إذ في ذلك إضرار به، وإذا لم ينصب عن اليتيم أوالغائب فلهما نقض القسمة، سواء أفرز نصيبهما فلم يجبرا أو جعل نصيبهما شائعاً مع كل واحد من المتقاسمين، وإنما لم يعتبر الحضور في المكيل والموزون خاصة لأن قسمته إفراز محض لا معاوضة فيها، فلكل واحدٍ من الشركاء أن يستقل بأخذ نصيبه منهما من دون حضور شريكه خلاف المؤيد والشافعي كما سيأتي.

قيل: وهذا في المكيل والموزون خاصة دون الأراضي، وإن استوت أجزاؤها فيعتبر فيها الحضور كغيرها، لأن الأغراض فيها يختلف [١].

وأما شروط الإجبار فقد أوضحها بقوله" **و للْإِجْبَارِ وقوعها**[٢] **عَلَى وَجْهٍ لَا يَضُرُّ**" هذا أول شروط الإجبار، فلو اقتسم الشريكان مثلاً داراً على وجه لا يكون لأحدهما طريق، أو لا يكون له مسيل ماءٍ في نصيبه، فإن هذه القسمة لا تصح، فلا يجبر عليها الممتنع منها، وكذا لو كانت المضرة بغير ذلك نحو أن [يكون] [٣]نصيب كل واحد من المقتسمين لا ينفعه النفع المعتبر في المقسوم، أو كانت القسمة تنفع البعض وتضر البعض، وطلبها من تضره، ففي هذه الوجوه لا يجبر الممتنع عن القسمة، فإن تراضوا بها صحت.

قوله عليلم : "**وتَوْفِيَةُ النَّصِيبِ مِنْ الْجِنْسِ غالباً** " هذا الشرط الثاني من شروط الإجبار، وهو أن يعطى كل واحد من المقتسمين كل نصيبه من الشيء المقسوم، فلو أعطى أحدهم توفية نصيبه في الأرض من الدراهم أو غيرها لم يجبر على قبوله، [على المذهب][٤].

وقيل ع: إذا عدل جبر بدراهم، فإن كانت من غير التركة فلا إجبار لأن أحداً لا يجبر على البيع، وإن كان من التركة أجبر عند المؤيد لأنه يقول تقسم الأجناس [/٥] بعضها في بعض[٦] كما سيأتي.

وقوله "غالباً " قال في الشرح: راجع إلى الشرطين وهما وقوعها على وجهٍ لا يضر، وتوفيه النصيب من الجنس، فيحترز في الأول مما إذا كانت القسمة تضر بعضاً وتنفع بعضاً فطلبها من ينفعه فإنه يجاب إليها، ويجبر الممتنع، ويحترز فيه أيضاً من أن يعظم الضرر، وتبطل المنفعة بالكلية فإن الحاكم لا يجيبهم إلى القسمة بل يمنعهم من أن يقتسموا

---

1 -التذكرة الفاخرة (ص٤٤٨) بنحوه.
2 - في (ب)" وقوعه ".
3 - الزيادة من (أ).
4 - الزيادة من (ب).
5 - نهاية ورقة ٣٦٣ من (ب).
6 -الغيث المدرار ج٣(خ) .

بأنفسهم، لأن ذلك سفهٌ فإن لم تبطل المنفعة بالكلية كسيف يقسم وثوب رفيع يقطع فقد دخل فيما تقدم هذا ما تقتضيه القواعد وقد ذكره في روضة النواوي [(١)].

قلت: وظاهر المذهب خلاف ذلك لما سيأتي.

قال: "ويحترز في الثاني مما يدخله المهاياه فإنه لا يعتبر فيه توفيه النصيب من الجنس بل يصح من غيره، ويجبر على ذلك الممتنع وذلك نحو شيئين مختلفين كسيفين أو نحوهما، فيصح أن يزاد مع الأدنى دراهم أو نحوها ولو من غير البركة ذكره الفقيه س [للمذهب] [(٢)] وهو قول ش [(٣)].

وقيل ع: لا يجبر إلا إذا كان الزائد من التركة، لأن ذلك بيع وهو لا يجبر على بيع ملكه، وكلام الأزهار والأثمار يحتمل القولين بل هو أقرب إلى قول الفقيه ع، وإنما عدل عن قوله في الأزهار" إلَّا فِي المهايأة "[(٤)] لأنه يوهم غير المقصود، وهو أن ذلك في قسمة المهاياه فيوفي من غير الجنس مع حصول المهاياه، وليس كذلك، بل المراد فيما يدخله المهاياه كما تقدم في تفسير غالباً إذ لو كان ذلك في صورة المهاياه لم يعط نصيبه من غير الجنس كثوب واحد، فإنه لا يجب على أحد الشريكين أخذه، ويسلم قيمة نصيب شريكه ولا على الآخر أخذ القيمة بخلاف التوفية فيجب إذ ذلك مغتفر انتهى [(٥)].

ولو قال في الشرح: ويحترز في الثاني مما إذا دعت الضرورة إلى التوفيه من غير الجنس ولم يكن المساواة إلا بذلك فإن الممتنع يجبر، كما ذكره الفقيه س، وهو مذهب الشافعي لكان ذلك أو ضح إذ في ذكر المهاياه إيهام كما ذكره، ولولا أنّ الإمام المهدي عليلم فسر المهاياه بما ذكر، لكان الواجب حمل كلام الأزهار على خلاف ذلك، إذ مثل ما فسر به لا يسمى مهاياه والله أعلم .

قوله عليلم: " **وأَنْ لَا تَتْبَعُهَا قِسْمَةٌ**" هذا هو الثالث من شروط الإجبار،وهو أن تكون القسمة لا تتبعها قسمة فلا يجبر الممتنع على ما كان كذلك كما إذا كان الانصباء نصفاً وثلثا وسدساً، فإن قسمت أسداساً أجبر الممتنع عنها، وإن قسمت نصفين لم يجبر صاحب الثلث، وصاحب السدس لأنه يتبعها قسمة فيما بينها وكذا[(٦)] ما أشبه ذلك .

---

1 -روضة الطالبين (ج١١/ص٢٠٣) .

2 - الزيادة من (أ).

3 -التذكرة الفاخرة (ص٤٤٧)والمرجع السابق.

4 - الأزهار - (١ / ١٣١).

5 -الجامع في الشرح (خ) .

6 - في (ب)"كذلك".

وفي البحر ما لفظه مَسْأَلَةٌ " وَمَنْ لَهُ نِصْفُ دَارٍ وَلِعَشَرَةٍ نِصْفُهَا، وَطَلَبُوا إفْرَازَ نِصْفٍ لَهُمْ أُجْبِرَ، إذْ لَا ضَرَرَ عَلَيْهِ فِي اجْتِمَاعِ نصيبهم، وَيُجْبَرُونَ أَيْضًا إنْ طَلَبَ إفْرَازَ نَصِيبِهِ." انتهى[1].

ولعله يعني في الصورة الأخيرة أن تقسم الدار عشرين جزءاً حتى لا يخالف ما تقدم، والله أعلم.

قوله عليلم: " **وتَقْوِيمُ الْمُخْتَلِفِ وتَقْدِيرُ الْمُسْتَوِي** " هذا رابع الشروط المذكورة، أما التقويم فذلك في القيميات من منقول وغيره فيشترط للإجبار تقويمها، ويعتبر في ذلك تقويم عدلين بصيرين فإن يحصل [ذلك] [2] لم يجبر الممتنع، وأما تقدير المستوى فذلك بالكيل أو الوزن أو الذرع كل شيء بما يليق به ويعتاد فيه ولا إجبار مع عدم ذلك، فأما مع التراضي فتصح القسمة، وإن اختلت الشروط الأربعة على ما اختاره المؤلف عليلم، وقد ذكر نحوه الفقيه ف، واحتج لذلك بأنهم قالوا إذا وقع الغبن الفاحش لم ينقض القسمة إن لم يكن فيهم صغير أو غائب، ولا تقويم مع الغبن الفاحش، [و] [3] قالوا إذا قسم المكيل جزافاً صح على قولنا [/4] أن قسمته إفراز وترك الكيل كترك التقويم، وقيل س: بل التقويم والتقدير المذكورين شرط في الصحة، واختاره الإمام المهدي عليلم في الأزهار[5]، وروى عنه النجري أنه قال: ولا نسلم أن قيمة المستوي يصح جزافاً بل لا بد من التقدير، وإن خالف قولهم، قال: وأما الشرح فهو يحتاج إلى تصحيح انتهى [6].

تنبيـــــهٌ: وعلى قولنا بصحة القسمة مع التراضي وإن اختلت شروط الإجبار المذكورة، فلو رجع عنها بعضهم بعد وقوعها.

قال في التذكرة: لا يصح رجوعه، ومثله عن شرح القاضي زيد[7]، وقال كثير من المذاكرين: بل يصح لأنه إسقاط حق مستقبل كما في الزوجة إذا أسقطت حقها من القسم.

قال في الشرح: واعلم أن المؤلف عليلم لم يشترط لصحة القسمة إلا الحضور أو ما في حكمه، وجعل باقي الشروط للإجبار كما ترى لا كما في الأزهار وغيره، لأن ذلك هو الصحيح الموافق لقواعد أهل المذهب لما تقدم عن الفقيه ف، ولأنهم قد ذكروا أنه إذا وقع

---

1 - البحر الزخار - (١٠ / ١٢٩) .
2 - الزيادة من (أ).
3 - الزيادة من (أ).
4 - نهاية ورقة ٣٤٧ من (أ).
5 - الأزهار - (١ / ١٣١). وحاشية شرح الأزهار (٣ / ٣٨٢). والتذكرة الفاخرة (ص٤٤٨).
6 -شرح النجري (خ) .
7 - التذكرة الفاخرة (٤٤٩)و شرح القاضي زيد(خ).

التراضي بالقسمة على وجه يضر صحت، ولذلك عدل عن عبارة الأزهار مع اختصار في اللفظ، وبسط في المعنى إذ قد دخل في عبارته هذه معنى قوله في الأزهار، ومصير النصيب إلى المالك لأن ذلك قد فهم من قوله "الحضور أو ما في حكمه"، فإذا حضر المالك وخلى بينه وبين حصته كفى، وأيضاً فإن ذلك يوهم أن مصير النصيب إليه أمر زائد على حضوره، ودخل فيها أيضاً معنى قوله "واستيفاء المرافق على وجه لا يضر" أي الشريكين حسب الإمكان، وأن لا يتناول تركه مستغرق بالدين وكذلك قوله "ولا يجابون إن عم ضرها[1] إلى آخره" ولذلك لم يذكره في الأثمار انتهى [2].

1 - في (ب) "ضررها".

2 -الجامع في الشرح (خ).

"فَصْـــــــلٌ"

[أحكام قسمة المختلف والمستوي والفرق بينهما]

وَهِيَ فِي الْمُخْتَلِفِ كَالْبَيْعِ" هذا الفصل يذكر فيه أحكام قسمة المختلف والمستوي والفرق بينهما، أما أحكام قسمة المختلف التي توافق فيها البيع فهي ثلاثة وقد أوضحها بقوله " **وفِي الرَّدَّ بِالْخِيَارَاتِ** " هذا أول الثلاثة الأحكام المذكورة، وهو أن لكل واحد من المتقاسمين أن يرد نصيبه بكلٍ من الخيارات التي تقدم ذكرها في البيع كخيار الرؤية والعيب والشرط وتعذر التسليم وفقد الصفة ونحوها.

وقوله "**والرُّجُوعُ بِالْمُسْتَحَقِّ**" هذا ثاني الأقسام [١] المذكورة ومعناه أن لكل من استحق عليه نصيبه منهم، كان له الرجوع على شركائه بذلك المستحق [بمعنى] [٢] أنه ببقاء شريكاً لهم فيما صار إليهم من المقسوم بقدر حصته.

وقوله:" **ولُحُوقُ الْإِجَازَةِ فقط** " هذا ثالث الأحكام المذكورة وهو أن القسمة تصح موقوفة، وتلحقها الإجازة [كالبيع] [٣] وافهم [٤/] [قوله فقط أن القسمة إنما توافق البيع في هذه الثلاثة الأحكام دون غيرها من ساير أحكام البيع، والأحكام التي تفارق فيها البيع سبعة، وهو أن يجبر الممتنع من القسمة لا عن البيع، وأن الشفعة تثبت في البيع دون القسمة، وأنه يصح أن يتولى واحد طرفي القسمة لا البيع وأنها لا تحتاج إلى لفظين بل يملك كل نصيبه بالتراضي أو السهم أو تعيين الحاكم .

وقال الحقيني: لا بد فيها من لفظين [٥]، والخامس أن الحقوق في القسمة تتعلق بالموكل وفي البيع بالوكيل.

السادس: أن الحقوق لا تدخل بيعاً في القسمة، وتدخل في البيع.

---

1 - في (ب)"الأحكام".

2 - في (أ) "كررت مرتين".

3 - سقط من(ب).

4 - نهاية ورقة ٣٦٤ من (ب).

5 -الغيث المدرار ج٣(خ) والبيان لابن مظفر (٢٩٣/٣).

السابع: أنه لا يحنث من حلف لا باع فقاسم، وزاد بعضهم أن الشروط الفاسدة لا يفسدها إلا ما بطل به شيء من شروطها، وأنها تصح في الوقف على ما رواه أبو مضر عن الهادي عليلم، وأنها تصح في الثمار قبل صلاحها بالتراضي، وأنه يصح التفريق بالقسمة بين ذوي الأرحام، وأنه يصح التصرف قبل القبض من المقتسمين الجميع بخلاف البيع ذكره في الزهور عن الياقوتة، وقال: وهذا مستقيم فيما هو إفراز [١]، واختاره المؤلف عليلم الإطلاق وأنها لا يدخلها الإقالة بخلاف البيع إلى غير ذلك من الأحكام من أنها لا تقتضي الربا كما سيأتي .

وتصح في المجهول مع التراضي لكون المقسوم معلوماً مشروطاً في الخيار فقط وقد فهم ذلك مما تقدم.

قوله عليلم: " **لا فِي الْمُسْتَوِي فإفْرَازٌ غالباً** " أي إلا إذا كانت القسمة فيما هو مستوى الأجزاء فإنها لا توافق البيع في الأحكام الثلاثة المتقدمة إذ هي إفراز فقط لا معاوضة فيها هذا مذهبنا، وهو تخريج أبي العباس وأبي طالب،[٢] والمروي عن أبي حنيفة [٣].

وقال المؤيد: بل هي بمعنى البيع،[٤] ومثله عن الشافعي [٥].

قال في حواشي الإفادة أما ما لا يقسم بعضه في بعض فقسمته بمعنى البيع [٦].

قال في الغيث: وعلى الجملة في القسمة إطلاقان وتفصيل.

الإطلاق الأول: للمؤيد والشافعي أنها بمعنى البيع في المختلف والمستوى.

الإطلاق الثاني: أحد قولي المؤيد والهادي والقاسم أنها إفراز في الكل والتفصيل ما ذكرناه في الأزهار، وهو تخريج أبي العباس وأبي طالب، وقول ح وقد ذكر أن ثمرة الخلاف يظهر في أربع فوائـــد:

الأولى: أن للشريك أن يأخذ نصيبه في غير محضر شريكه ومن غير فرعه إذا قلنا أنها إفراز، لكن اختلفوا هل ذلك مشروط بأن يصل الشريك إلى نصيبه أم لا ؟

فعن ع: جعفر والفقيه ح ليس بمشروط، وعن الفقيه ل أنه مشروط.

---

1 - **الزهور المشرقة (خ)والياقوتة (خ).**

2 - **التذكرة الفاخرة (٤٤٧).**

3 - **شرح فتح القدير ج٧/ص٢١٩ .**

4 -**التذكرة الفاخرة (٤٤٧).**

5 - **المهذب (ج٢/ص٣٠٦).و روضة الطالبين (ج٣/ص٥١١).وإعانة الطالبين (ج٣/ص٢٢).و حاشية البجيرمي (ج٤/ص٣٧٠).**

6 - **حواشي الإفادة (خ).**

قيل ع: إلا في الأرض فيحتاج إلى القرعة اتفاقاً.

الفائـــدة الثانية: إذا قلنا أنها إفراز جاز أن يتراضى الشريكان على القسمة في الجنس الواحد من غير علم بالمساوة جزافاً و متفاضلاً والمكيل موزوناً وعكسه لا إن قلنا أنها بيع.

الفائـــدة الثالثة: أذا إذا قلنا أنها إفراز لم يجب التقابض في المجلس في الجنس الواحد ويجب إن قلنا أنها بيع على قول بعض المذاكرين .

الفائـــدة الرابعة: إذا قلنا أنها إفراز جاز وقف النصيب وقسمة الوقف لأن ذلك ليس ببيع وعلى قول م بالله لا يجوز لأن ذلك بيع انتهى [١].

قال في الشرح : وقوله غالباً راجع إلى المسألتين وهما قوله وهي في المختلف كالبيع إلى آخره [٢].

وقوله:" لا فِي الْمُسْتَوِي فإِفْرَازٌ " فيحترز في الأجرة من أن يستحق الحصة في المستوى فإنه يرجع بالمستحق على شركائه كما في المختلف، وهذا الاحتراز من المنطوق، ويحترز في الأولى من أن يقع قبل القرعة تمليك فإنه يثبت له جميع أحكام البيع من الشفعة وغيرها، وإن وقع التمليك بعد القرعة فلغو فلا يوافق البيع إلا في الثلاثة الأحكام[٣/] المتقدمة، وهذا الاحتراز من المفهوم لأن قوله وهي في المختلف كالبيع فيما ذكره مفهومه لا فيما عدا ذلك فليست كالبيع غالباً .

واعلم أن هذه المسألة تحتاج إلى تفصيل، وهو أن يقال لا يخلو إما أن يكون المقسوم شيئاً واحداً أو متعدداً إن كان شيئاً واحداً وكان مشتركاً بين اثنين فقط فباع كل منهما نصيبه في هذا الجانب مثلاً بنصيب صاحبه في الجانب الآخر، فذلك بيع يثبت له جميع أحكامه من الشفعة وغيرها لكن لا شفعة لغير المقتسمين لأن شراء كل منهما يشفع لنفسه، وهو أخص من غيره لأجل الخلطة وإن كان مشتركاً بين ثلاثة فصاعداً، ووقع ذلك التمليك بين بعضهم دون بعض فإن كان ذلك التمليك برضا الباقين صح وثبتت الشفعة للمشتري، ولمن شاركه في الخلطة، وإن كان بدون رضاهم فلهم إبطاله لأنه يؤدي إلى تفريق نصيبهم، وهذا على ما ذكره الفقيه ل والفقيهان س ف للمذهب في مثل هذا المسألة، كما تقدم في البيع الموقوف.

---

1 -**الغيث المدرار ج٣(خ) .**

2 -**الجامع في الشرح (خ) .**

3 - **نهاية ورقة ٣٤٨ من (أ) .**

وتفسير "غالباً" من قوله "وينفذ في نصيب العاقد شريكاً غالباً"، وقال أبو مضر والفقيهان ح ي: أن ذلك يصح [1]، والمصحح للمذهب الأول، وإن كان المقسوم شيئين فصاعداً، فإن كان بين اثنين فكما تقدم، وإن كان بين أكثر ولم يقع التمليك إلا بين بعضهم فإن كان ذلك المقسوم مما يقسم كل واحد منه على انفراده بحيث أنه لا يجبر الممتنع عن جميع نصيب شريكه في الكل صح ذلك، وتثبت الشفعة للمشتري ولمن شاركه في الخلطة، وإن كان مما لا يقسم كل واحد منه على انفراده، بل مما يقسم مجتمعاً، ويجبر الممتنع كان ذلك كالشيء الواجد على ما تقدم، و ذكر هذا المعنى الفقيه ف في البيع كما تقدم.

وهذه المعاني المذكورة زاداها المؤلف عليلم في تفسير غالباً، وإنما حذف المؤلف عليلم قوله في الأزهار " وتَحْرِيمُ مُقْتَضَى الرِّبَا "[2] لما قد عرفت أن القوي عنده أن ذلك من شروط الإجبار فإذا وقعت القسمة في المختلف في الصفة كالفضة الجيدة والرؤية على وجه يقتضي الربا، فإن كان بالتراضي جاز لأنها ليست كالبيع من كل وجه وإلا لم يجبر الممتنع.

---

1 -شرح الأزهار - (٣ / ٣٨٣) .

2 - الأزهار - (١ / ١٣١).

"**فَصْـــــــلٌ**"

[المعتبر في التقويم]

ويعتبر في التقويم عدلان وفي غيره واحد" قيل هكذا في الحفيظ ومهذب] [1] الشافعية،[2] وقال في الانتصار: إن قسم الحاكم كفى، وإن قسم غيره وكان المقسوم لا يفتقر إلى التقويم كفى واحد بالإجماع [3]، وإن كان يفتقر إلى التقويم، فقال الشافعي لا بد من العدد. [4] قال في الغيث: قلت وهو المذهب انتهى [5].

وقوله "وفي غيره" يعني غير التقويم، وهو إفراز الانصباء.

قال في الشرح: وإنما عدل عن قوله " وَيَكْفِي قَسَّامٌ وَعَدْلَانِ"[6] لأنه يوهم أن عدالة القسّام غير شرط، وأنه يعتبر كون القسام غير العدلين فيعتبر ثلاثة، وأيضاً فإن لفظة عدلان محتملة لم يعرف ما أريد منها بالعدلين، هل التقويم أو لغيره، بخلاف عبارة الأثمار فواضحة جلية لا غبار عليها انتهى [7].

قوله عليلم: " **وَالْأُجْرَةُ عَلَى الْحِصَصِ** " يعني [أن] [8] أجرة القسام يكون على [قدر] [9] حصص الشركاء لا على عدد رؤسهم ذكره أبو العباس على أًصل الهادي عليلم، وهو قول أبي يوسف ومحمد وش [10]، واختاره في الانتصار قياساً على أجرة الكيل، فإنها على

---

1 - سقط من (ب) بلغ إجمالي السقط ورقة كاملة .
2 - الحفيظ (خ) و المهذب (ج٢/ص٣٠٦).
3 - الانتصار (خ).
4 - المهذب (ج٢/ص٣٠٦).
5 - الغيث المدرار ج٣(خ) .
6 - الأزهار - (١ / ١٣٢).
7 - الجامع في الشرح (خ).
8 - سقط من(ب).
9 - سقط من(ب).
10 - المبسوط للسرخسي (ج١٥/ص٥). و المهذب (ج٢/ص٣٠٦).

الحصص اتفاقاً، ولئلا يؤدي إلى استغراق نصيب صاحب الأقل، ولو جعلت على الرؤوس[1].

وقال ط و ح: بل تكون الأجرة على عدد الرؤوس لأن نصيب صاحب الأقل هو الذي يلجئ إلى تدقيق الحساب، وقواه الفقيه ل [2].

وهذا الخلاف إنما هو في الممسوحات،

[فأما في المكيل والموزون] [3]ونحوها فعلى قدر الانصباء [هب] [4] اتفاقاً [5].

قوله عليلم:" **ويُهَايَأُ مَا تَضُرُّهُ بنظر الحاكم** "أي ما تضره القسمة وذلك نحو الحيوان الواحد والسيف والفص والحانوت الصغير والحمام فإن هذه الأشياء ونحوها تكون قسمتها بالمهايأه[6] على ما تراضا [7] به الشركاء من المدة، فإن تشاجروا عملوا برأي الحاكم ويفعل الحاكم بحسب ما يراه صلاحاً ففي الثوب يوماً فيوماً، وفي الثوب إلى ثلاثة أيام، وكذلك إلا بأن، وكذلك الحانوت التي تعطل بالليل وإلا فشهراً بشهر، وفي الدار سنة بسنةٍ وما كسب العبد في نوبة أحدهم من غير المعتاد أو اتهب أو أخذ ركازاً أو أرش جناية عليه اشتركوا فيه، ويكون البادي في المهاياه من تراضوا بتقديمه، وإلا فمن خرج سهمه، وإلا فمن عينه الحاكم والمذهب أن المهايأة واجبة فيما لا ينقسم على ما ذكره أبو العباس، وإليه ذهب المؤيد [8].

وقال ش: لا تصح القسمة بالمهاياه ولا تجب [9].

حجتنا قوله تعالى:**(**لَّهَا شِرْبٌ وَلَكُمْ شِرْبُ يَوْمٍ مَّعْلُومٍ**)**[10] ووجه الاحتجاج أن الماء هو المقصود وهو معدوم فأشبه المنافع هكذا في الغيث [11].

ولأن المنافع كالأعيان في صحة قسمتها، قالوا: ليس أحدهم أحق بالتقديم [12].

---

1 - الانتصار (خ).
2 - المبسوط للسرخسي (ج١٥/ص٥). والغيث المدرار ج٣(خ)و كتاب التحرير - (١ / ٥٠٥).
3 - في(أ)ما بين المعقوفتين كررت مرتين فحذفت إحداهما.
4 - الزيادة من(ب).
5 - شرح الأزهار - (٣ / ٣٨٨).
6 - المهايأة لغة : الأمر المتهايأ عليه. المعجم الوسيط (٢ / ١٠٠٢)وشرعا قسمة المنافع على التعاقب والتناوب. التعريفات - (١ / ٣٠٣).
7 - في(ب)" يتراضوا ".
8 - الغيث المدرار ج٣(خ).
9 -روضة الطالبين (ج٥/ص٣١١)، (ج١١/ص٢١٧).
10 - الشعراء:١٥٥.
11 - الغيث المدرار ج٣(خ).
12 - البحر الزخار - (١٠ / ١٢٥).

قلنا: يؤخر الحاكم من شاء إن لم يتراضوا كما يبيع مال الغائب والمتمرد لقضاء دينه .

فــــــرعٌ: ومن طلب المهايأة فيما يمكن قسمته لم يلزم إجابته إن لم يرض شريكه، وقيل بل يلزم إجابته لمشاركته في الأصل فلا يجبر على الانتفاع بالبعض. قلنا: لا يستحق الانتفاع بالكل .

فــــــرعٌ: وإذَا اخْتَلَفَ الحال باختلاف الزَّمَانُ، في الحانوت ونحوها فَفِي أَيَّامِ الْمَوْسِمِ مُيَاوَمَةً، وَفِي غَيْرِهَا بِالشُّهُورِ، وَكَذَا حيث اخْتَلَفَ الْمَكَانُ كَدَابَّةٍ بَيْنَ شَرِيكَيْنِ مُتَبَاعِدِي الْمَسْكَنِ، وكذا في اللباس كثوب بين عِصَارٍ وَعَطَّارٍ يكون قِسْمَةُ لِبَاسِهِ بالتقويم فَحَيْثُ لِبَاسُ الْعُصَارِ يَوْمًا بِدِرْهَمَيْنِ، ولبس العطار يوماً بدرهم يُجْعَلُ لِلْعَطَّارِ يَوْمَانِ وللعصار يوم وما أشبه ذلك، وعلى الجملة فهو موضع اجتهاد للحاكم كما ذكره المؤلف عليلم .

فــــــرع: وما أحتاج إليه العبد من النفقة أو الحيوان من العلف فهو عليهم جميعا في كل نوبة على قدر الحصص، وقال ش: في كل نوبة على صاحبها، وما جنى العبد فعليهم جميعاً، ولو في نوبة أحدهم، وأما ما جنت[1] الدابة ونحوها، فأرشه على صاحب النوبة لأنه يلزم حفظها، فإذا فرط ضمن كالمستعير والوديع [٢].

قوله عليلم: "**ويقسم كل جِنْسٍ بعضه ببعض حسب الضرورة والصلاح**" فإذا كان المقسوم أجناساً مختلفة كدور وأرضي وعروضٍ وحيوانات وغير ذلك، فإن كل جنس يقسم بين الشركاء ولا يقابل جنس بغيره فلا يعطى أحدهم داراً والآخر أرضاً مثلاً ثم إذا كان الجنس الواحد متعدداً كدور لم يلزم أن يقسم كل دارٍ [٣/] على انفرادها بل يجعل لكل شخص دار، فإن لم يكن إلا دار واحدة قسمت بينهم إذا كانت ينقسم وكل ذلك بالتقويم.

ومعنى قوله: "حسب الضرورة أو الصلاح" أن الدور إذا كانت صغاراً بحيث لو قسمت كل دار وحدها لم ينتفع كل شخص بنصيبه في مثل ما كان ينتفع بالمقسوم فيقسم بعضها ببعض لهذه الضرورة فإن كان باقي نصيب كل واحد منهم في كل دارٍ ما يمكن الانتفاع به فيما ذكر لكن إذا قسمت الدور بعضها ببعض كان ذلك أصلح لهم فإنه يقسم بعضها ببعض للصلاح، وذلك قد يختلف باختلاف الأحوال والأمكنة، فإذا كانت الدور في بلد واحد فالأصلح أن يقسم بعضها ببعض في الأغلب، وإن كانت في بلدان متباينة فالأغلب أن قسمة كل دار على انفرادها أصلح إذا كانت تنقسم .

---

1 - في(ب)" ما جنته ".

2 - مغني المحتاج (ج٣/ص٤٦١). و المهذب (ج٢/ص٣٠٨) والغيث المدرار ج٣(خ).

3 - نهاية ورقة ٣٤٩ من (أ) .

نعـــــم: والقول بقسمة الجنس الواحد المتعدد بعضه ببعض للصلاح هو قول الأخوين، وظاهر كلام الهادي [عليلم][1]في المنتخب، وأبي يوسف ومحمد، ويجبر عندهم الحاكم من امتنع عن ذلك كما يجبره للضرورة، فلو احتال أحد الشركاء على أن لا يقسم لشريكه بالجمع بل يفرق عليه، فإن باع نصيبه في كل دارٍ مثلاً فللشريك أن يطلب جميع نصيبه ولو بطل البيع [٢].

وقال أبو العباس وأبو حنيفة والشافعي وزفر: لا يقسم بعضها ببعض بل يقسم كل دارٍ وحدها وكل أرض وحدها ولعلهم يريدون حيث يأتي لكل ما ينتفع به [٣].

تنبيـــهٌ: مقتضى كلام أهل المذهب أنه يشترط في الإجبار على قسمة الدار الواحدة أن يأتي كل نصيب منها داراً [٤/] بمرافقها وإلا لم تجب القسمة ومما يدل على ذلك قولهم في الحانوت الصغير والحمام أن قسمتها لا تكون إلا بالمهايأة.

وفي الزهور ما لفظه" فلو كانت دار كبيرة ودار صغيرة فأرادوا جمع[٥] الصغيرة مع جزء من الكبيرة نصيباً فإنه ينظر، فإن كان هذا [هو] [٦] الجزء من الكبيرة يأتي داراً ينتفع بها فيما وضع له أجبر من امتنع، وإن كان لا يأتي داراً لم يجبر"انتهى [٧].

وفي تعليق الدواري على اللمع ما لفظه "الفائدة الرابعة قول أصحابنا في قسمة الدور والأراضي وهي ضارة ونافعة، وقد ذكروا في معنى ذلك أن الضارة أن يأتي نصيب الواحد من الدار ما لا يمكن معه أن يكون داراً بمرافقها وإن كانت أصغر من المقسوم وكذلك أن لا يأتي نصيبه من الأرض ما يمكن انتفاعه به لما كانت أصغر من المقسوم، وكذلك أن لا يأتي نصيبه من الأرض ما يمكن انتفاعه به لما كانت الأرض ينتفع بها فيه من زرع أو غرس وكذلك الحانوت والثوب وغير ذلك .

قالوا: وإذا كانت لم يجب إليها من طلبها وإن كان ينتفع بنصيبه من المقسوم في أمرٍ آخر غير ما كان ينتفع بالمقسوم فيه وفيما ذكروا نظر بل لا ضرار إذا كان يطلب الإنسان قسمة نصيبه يريد به انتفاعاً آخر وإن كان لا يتأتى له به كنفع المقسوم أو ليضمه إلى ملكه أو ليبيعه و[٨] نحو ذلك، فالأصح[١] أن على الحاكم إجابته إلى قسمة نصيبه لهذه المآرب، وإنما

1 - الزيادة من (أ) .
2 - شرح الأزهار - (٣ / ٣٩٠)و تبيين الحقائق (ج٥/ص٢٦٩) .
3 -المرجع السابق و تبيين الحقائق (ج٥/ص٢٦٩). و حاشية قليوبي (ج٤/ص٣١٦).
4 - نهاية ورقة ٣٦٥ من (ب).
5 - في (ب)"جعل" .
6 - الزيادة من (ب) .
7 - الزهور (خ).
8 - في (ب)"أو" .

الضرر الذي لا يجيب إليه الحاكم طالب القسمة إذا طلبه أن يكون نصيبه لا ينتفع به نفعاً أصلاً، ثم قال في موضع آخر ما لفظه" قوله فإن كانت القسمة تضرهم كلهم نحو أن يكون المقسوم بيتاً صغيراً.

قال المتأخرون: والضرر أن لا يأتي نصيب كل واحد بيتاً وإن كان شيئاً ينتفع به غير بيتٍ، وإن كان أصلح له وأنفع، والأولى أن الضرر الذي لا يجاب إليه أهل القسمة أو من طلبها منهم أن يكون نصيب كل واحد منهم، أو نصيب الطالب يأتي ما لا بعد نفعه لكل واحد منهم مثل انتفاعه بنصيبه قبل القسمة، وإن لم تكن دار لكل واحد بل أي انتفاع كان انتهى [٢].

ولقائل: أن يقول لا وجه لما ذكره بل الأولى تبقية كلام المتقدمين من أهل المذهب على ظاهره، وإلا لزم وجوب القسمة فيما قد نصوا على امتناع قسمته كالحمام والسيف والثوب وغير ذلك إذ ما من شيء منها إلا وهو يمكن الانتفاع بكل جزء منه نوعاً من الانتفاع، وذلك ما لا يقول به أحد لما فيه من الإضرار بالشركاء والله أعلم.

نعـــــم: قال في الشرح: وإنما عدل المؤلف عليلم عن قوله في الأزهار " لِلضَّرُورَةِ أَوْ الصَّلَاحِ "[٣] إلى قوله في الأثمار "حسب الضرورة" [إفادة للمعنى] [٤] المقصود لأن عبارة الأزهار تفيد أنه يقسم بعضه[٥] في بعض لأجل الضرورة مطلقاً، وليس كذلك بل القسمة لذلك يكون للضرورة وحسبها وكذلك الصلاح، وإنما عدل عن قوله في الأزهار" وبَعْضُ [فِي بَعْضٍ]" [٦][٧] لأن لفظة في غير صريحة في المقصود، وأما الباء بنقطة من أسفل فصريحة في ذلك كما ترى انتهى [٨].

قوله عليلم:" **وَإِذَا اخْتَلَفَ الْأَنْصِبَاءُ فِي نحو أَرْضٍ أُخْرِجَ الِاسْمُ عَلَى الْجُزْءِ وَإِلَّا فَمُخَيَّرٌ** " هذه العبارة قد اشتملت على أربع صور:

الأولى: أن يتفق أنصباء المقتسمين في القدر، وتتفق أجزاء الأرض ونحوها في القيمة .

الصورة الثانية : أن يختلف الانصباء والأجزاء فيما ذكر .

---

1 - في (ب)"والأصح".
2 - تعليق الدواري على اللمع (خ).
3 - الأزهار - (١ / ١٣٢) .
4 - في (ب)" أفاد المعنى" بدل مابين المعقوفتين .
5 - في (ب)"بعض" .
6 - سقط من(ب).
7 - الأزهار - (١ / ١٣٢).
8 -الجامع في الشرح (خ).

الصورة الثالثة: أن يتفق الانصباء، وتختلف الأجزاء، والصورة الرابعة عكسها .

مثال الصورة الأولى: أن تكون الأرض بين الشريكين نصفين وهي مائتا ذراع قيمة كل ذراع درهم، فإن هذه الصورة يخير بين إخراج الاسم على الجزء أو العكس.

ومثال الصورة الثانية: أن تكون [أرض] [١] بين ثلاثة شركاء لأحدهم نصفها وللآخر ثلثها وللثالث سدسها وأجزاؤها مختلفة القيمة فجانب منها كل ذراع بدرهم، وجانب كل ذراع ونصف بدرهم، والجانب الثالث كل[٢] ذراعين بدرهم، فإنها تقسم أسداساً على الأقل الانصباء بعد أن تعدل بالقيمة بأن يجعل السدس مما قيمته كل ذراع بدرهم مائة ذراع [ومما هو كل ذراع ونصف بدرهم مائة وخمسون ذراعاً، ومما هو كل ذراعين بدرهم مائتا ذراع][٣] ثم يقرع فتخرج الأسماء على الأجزاء، ولا يجوز العكس في هذا الصورة، ويبدأ من أحد الطرفين لئلا يؤدي إلى التفريق أو الشجار فإن خرج سهم صاحب النصف، أعطي ذلك الجزء وكمل له نصيبه مما يليه، وإن خرج سهم صاحب الثلث فكذلك وإن خرج سهم صاحب السدس أولا ابتدئ الإخراج للآخرين وعلى هذا الترتيب.

ومثال الصورة الثالثة : وهي حيث يختلف الانصباء وتستوي أجزاء الأرض في القيمة أن تكون الأرض بين ثلاثة نصف وثلث وسدس فتقسم الأرض أسداساً بالمساحة، ثم تخرج الأسماء على[/٤] الأجزاء على الأسماء في هذه الصورة لتأديته إلى الشجار أو التفريق كما في الصورة الثانية، بيان ذلك أنه لو أخرج الجزء على الاسم ربما خرج لصاحب النصف أو الثلث، فيقول ضموا لي من جهة المشرق مثلاً ويقولون [بل][٥] من جهة المغرب، ولو ابتدئ الإخراج من الوسط ربما خرج لصاحب السدس فيفرق بين أجزاء صاحب النصف أو[٦] الثلث.

ومثال الصورة الرابعة: وهو أن يكون أنصباء الورثة[٧] مستوية وأجزاء الأرض مختلفة القيمة نحو أن يكون الأرض بين شريكين نصفين واحد جانبهما قيمة كل ذراع مائة درهم، والجانب الآخر قيمة كل ذراعين درهم وكل الأرض ثلاثمائة ذراع، فيجعل أحد النصيبين من جانب[٨] الأول مائة [ذراع] [١]، والنصيب الآخر من الجانب الثاني مائتا ذراع، ثم يقرع

---

1 - الزيادة من (أ) .

2 - في (ب)"لكل".

3 - الزيادة من (أ) .

4 - نهاية ورقة ٣٥٠ من (أ).

5 - الزيادة من (أ) .

6 - في (ب)"و" .

7 - في (ب) "الشركاء".

8 - في (ب)"الجانب".

بينهما كما في الصورة الأولى، إما بإخراج الاسم على الجزء أو العكس، إذ لا يؤدي أيهما إلى شجار وذلك واضح.

وكيفية القرعة أن القسّام يكتب أسماء المقتسمين في رقاع لطيفة كل اسم في رقعة، وأسماء الأجزاء المقتسمة أيضاً كل جزءٍ في رقعة، ويجعل كل رقعة في بندقة من شمع، أو طين ثم يؤمر من لم يحضرها بأن يخرج بنادق الأشخاص على بنادق[٢] الأجزاء أو العكس حسبما تقدم، وهذا على سبيل المبالغة في الإيهام، ولو فعل كما يفعل الناس اليوم من القرعة بالحصى ونحوها كفى، وكان قرعةً.

قال في شرح الإبانة: والقرعة إنما هي لتطبيب النفوس عندنا وأبي حنيفة، وليست بواجبة، وعند [الشافعي] [٣] أنها لازمة [٤].

والأصل فيها ما روي عن النبي صلى الله عليه وآله أنه كان إذا أَرَادَ سَفَرًا قَرَعَ بين نِسَائِهِ، فيخرج من[٥] خَرَجَ سَهْمُهَا" أخرجه البخاري بمعناه من رواية عائشة،[٦] ثم أن الواجب حيث اختلفت الانصباء كنصف وثلث وسدس أن يجعل السهام ستةً لصاحب النصف ثلاثة أسهم، فإذا خرج أحد سهامه ضم إليه بقية نصيبه ولصاحب الثلث اثنان[٧] كذلك فإن رضيا بأن يجعل لكل منهما سهم واحد كفى فإذا خرج سهم أحدهم[٨] ضم إليه بقية نصيبه.

قال في الشرح: وأراد بنحو الأرض الدار وغيرها مما يتأتى فيه التوالي في الأجزاء و يكون أصلح وعدمه يؤدي إلى التفريق أو الشجار [٩].

قوله عليلم: " **وَلَا يَدْخُلُ حَقٌّ لَمْ يُذْكَرْ** " معناه بل يبقى ذلك الحق كما كان عليه قبل القسمة من الاشتراك فلو اقتسم الشريكان أرضاً بينهما نصفين وأجزاؤها مختلفة القيمة فجاء ثلثاها مساحة نصيباً لأحدهما، والثلث الثالث نصيباً للآخر وسكتا عن حقها من الماء فإنه لا يدخل في القسمة تبعاً كما في البيع بأن يكون أثلاثاً بينهما بل يبقى بينهما نصفين كما كان، وسواء

---

1 - الزيادة من (ب) .
2 - نهاية ورقة ٣٦٦ من (ب).وورقة ٣٦٧ مكررة.
3 - في (ب) "كررت مرتين فحذفت الأخرى".
4 - شرح الإبانة (خ)والمبسوط للسرخسي (ج١٥/ص٤). و المهذب (ج٢/ص٣٠٧ وص٣٠٩).
5 - في (ب) "فيمن".
6 - أخرجه البخاري في صحيحه -كِتَاب الشَّهَادَاتِ - بَاب الْقُرْعَةِ فِي الْمُشْكِلَاتِ -رقم٢٥٤٢(ج٢/ص٩٥٥).
7 - في (ب) "اثنين " والصحيح ما أثبته كونه مبتدأ مؤخر يرفع بالألف.
8 - في (ب) "أحدهما".
9 - الجامع في الشرح (خ).

كان من بئر أو غيل أو سيل، قيل إلا أن يجري العرف بدخول الماء تبعاً في القسمة لزم ذلك والله اعلم .

قوله عليلم: " **وَمِنْهُ نحو الدَّفِينُ** "أي ومن الحق الذي لا يدخل في القسمة إن لم يذكر نحو الدفين وأراد [بنحو الدفين] [1] البذر الذي لم ينبت وقت القسمة فلو اقتسم الشريكان أرضاً مبذورة وفيها دفين البذر الذي لم ينبت وقت القسمة فلو أقتسم الشريكان أرضاً مبذورة وفيها دفين ولم يذكراهما بقيا مشاعين، وصحت القسمة، لأن البذر إذا كان تحت الأرض فهو بمنزلة شيء مدفون في الدار، فيصح قسمة الأرض دون البذر كما تصح قسمة الدار دون الدفين، وهذا يخالف الأشجار لأن له حداً ينتهي إليه فصحت قسمة الأرض من دونه، ولم تصح قسمة الأرض دون الشجر .

قال في الغيث: واعـــلم أن قسمة الأرض دون البذر إن كانت بالتراضي فلا إشكال في صحتها، وإذا امتنع أحدهما هل للحاكم أن يجبره ؟

قيل ع: يحتمل الوجهين، والأقرب عندي أنه لا يجبره لأنه بمنزلة إلزامه أخذ بعض حقه إذ قد صارت الأرض، والبذر بمنزلة الشيء الواحد وإذا بقي البذر مشاعاً لم تصح قسمته قبل نباته لأنه مجهول وقسمة المجهول لا تصح، فإن كان قد خرج [فذكر][٢] أصحاب الشافعي أنه إن[٣] كان حشيشاً فقسمته على التراضي جائزة لأنه مشاهد، وإن امتنع[٤] عن القسمة أحد الشريكين لم يجبر، لأنه مما يجب أن يقطع، ولا يجبر على القسمة فيما لا يتأبد فلما كان له غاية لم يجبر [٥].

قلت: وكذلك مذهبنا، فإن بلغ الحصاد فقال أصح ش: لا يجوز لأنهم لا يصححون البيع في مسائل الاعتبار، وأما عندنا فيجوز إذا كان التبن له قيمة، وقلنا أن القسمة بيع، وأما إذا قلنا أنها إفراز قيل لم يصح لأن الحب غير مشاهد ولعل هذه القسمة تكون بالتراضي دون الإجبار انتهى [٦].

وفي تعليق الدواري ما لفظه" قوله إن كان حشيشاً يعني لم يستحصد ومذهبنا في المسألة كمذهب أصحاب ش [و] [٧] لا يجبر على القسمة في ذلك بل يكون بالتراضي لأن للزرع حد

1 - في (أ)"بنحوه" بدل مابين المعقوفتين .

2 - في (ب) " فقد ذكر " بد ل ما بين المعقوفتين.

3 - في (ب) "إذا".

4 -بعدها زيادة من (ب)لفظة "صاحب " وليست مستقيمة .

5 - المهذب (٢/ص٣٠٧).

6 - الغيث المدرار ج٣(خ).

7 - الزيادة من (ب) .

ينتهي إليه وهما مشتركان فيه على أن ينتهي إلى حدّه، فأما لو اشتركا فيه ليؤخذ علفاً للبهائم ونحو ذلك فإنه يجبر من امتنع [من ذلك] [١] منهما عن القسمة إذا بلغ الحد الذي يعتاد أخذه علفاً انتهى [٢].

مسألة " وإذا قسمت أرض فيها بئر أو مدفن فإن سكتوا عنه دخل في النصيب الذي هو فيه[٣] لأنه من جملة الأرض، وإن جعلوه لصاحب النصف[٤] الآخر أو بقي مشتركاً فإن شرطوا له طريقة صحت القسمة ولو ضرت الطريق ما هي فيه، وإن شرطوا عدمها صحت القسمة أيضاً، ويأتي الخلاف المتقدم هل يصح الرجوع عن القسمة لأجل الضرر؟

فعلى كلام التذكرة والشرح لا يصح [٥]، وعلى كلام المذاكرين يصح وإن سكتوا عن طريقه فهي واجبة لكن إن كانت لا تضر ما حولها صحت القسمة، وإن كانت تضره أعيدت القسمة على وجهٍ لا مضرة فيه إذا لم يتراضوا بالضرر، وكذا لو كانت البئر وقفاً عليهما فلو كانت البئر لأحدهما من الأصل، وجاءت في نصيب الآخر فلها طريقها، فإن كانت تضر الذي حولها، فقال الأستاذ تعاد القسمة، وقال القاضي زيد لا تعاد لأن القسمة وقعت في الأرض لا في البئر، فلم يحصل الضرر بالمشترك، فلصاحب البئر أن يستطرق إليها، وإن ضر.

قيل: ويبقى للبئر حريمها الذي يحتاج إليه لإلقاء الطين [٦].

قوله عليلم " **وَلَا يُقْسَم فَرْعُ دُونَ أَصْلٍ ولَا نَابِتُ دُونَ مَنْبَتٍ والْعَكْسِ** " فلا تصح قسمة أسارع العنب ونحوه دون أصولها ولا الشجرة دون الشجر أنه ينافي الغرض بالقسمة لأنه يؤدي إلى أحد محذورين، إما أن يكون كل واحد من الشريكين لا يتمكن من التصرف والانتفاع بملكه[٧/] لأنه في ملك صاحبه، وأنه [لا يجوز] [٨] لكل واحد من الشريكين أن يمنع صاحبه من الدخول ومع هذين الطرفين لم يحصل العرض بالقسمة.

قال في الغيث: قلت وهذه العلة كما تلزم في قيمة الأرض دون الشجر يلزم في العكس ويلزم في قيمة الفرع دون الأصل انتهى [٩].

---

1 - **الزيادة من (أ) .**
2 - **تعليق الدواري على اللمع (خ) .**
3 - **في (أ) "منه" والصحيح ما أثبته.**
4 - **في (ب)"النصيب".**
5 - **التذكرة الفاخرة (ص ٤٤٩) و الجامع في الشرح (خ).**
6 - **البيان لابن مظفر (٣٠٥/٣).**
7 - **نهاية ورقة ٣٥١ من (أ) .**
8 - **سقط من (أ) .**
9 - **الغيث المدرار ج٣(خ).**

وعن السيد يحيى: أن الشركاء لو اقتسموا فروع شجرة لها ثلاثة أخشاب لكل واحد خشبة وأصلهن واحد صح ذلك.

قوله عليلم " **لا الْأَرْض دُونَ الزَّرْعِ ونحوه** " أراد بنحوه الثمر فيصح قسمة الأرض دون الزرع، وقسمة الأرض والشجر دون الثمر الذي على الشجر، وإن لم يشترط قطعه لأن الزرع على الأرض بمنزلة المتاع الموضوع [1] عليها، وكذلك الثمر على الشجر فيجبر من امتنع عن القسمة فيهما.

قوله عليلم: **وَيَبْقَى إلى الحصاد بِالْأُجْرَةِ** " من صاحب الزرع [والثمر] [2] فيستأجر كل واحد من الشريكين نصيب الآخر بقدر ما على نصيبه من الزرع [أو الثمر] [3] فإن استويا تساقطا، وإن كان الزرع أو الثمر الذي على نصيب أحدهما أكثر من الزرع، أو الثمر الذي علي نصيب الآخر استحق زيادة في الأجرة بقدر تلك الزيادة التي على أرضه أو [4] شجره .

قوله عليلم: " **أو بِشَرْطِ الْقَطْعِ وَإِنْ بَقِيَ** " يعني أو يقسم الأصل دون الفرع والنابت دون المنبت وعكسهما بشرط قطع الفرع والنابت فإن القسمة تصح وإن بقيا بعد ذلك ولم يقطعا .

قيل ف: وتصح قسمة الثمر بعد صلاحه دون الشجر كالزرع وأما قبل صلاحه فلعله كالزرع حشيشاً [5].

قال في الغيث: فأما قسمة الشجر دون الثمر، فلعله يصح لأن له حد ينتهي إليه فيكون كقسمة [الأرض دون] [6] الزرع ذكر ذلك أصحابنا المتأخرون، وفيه نظر، لأنا نقول أما أن يشرط القطع أولا إن شرط القطع في الحال صح ذلك، ولكن لا فرق حينئذ بين الغصن والثمر، لأنه يصح قسمة الشجرة دون أغصانها[7] بشرط القطع من موضع معلوم، وإن لم يشرط القطع، فأما أن يستحق بقاء الثمر أو[8] لا إن لم يستحق البقاء وجب عليه قطعه في الحال كما لو شرط القطع وإن استحق البقاء، فأما أن يكون بأجرة [أولا إن كان بأجرة] [9]

---

1 - نهاية ورقة ٣٦٨ من (ب).
2 - الزيادة من (أ) .
3 - الزيادة من (أ) .
4 - في (ب)"و" .
5 - شرح الأزهار - (٣ / ٣٩٢).
6 - الزيادة من (ب) .
7 - في (ب)"غصنها".
8 - في (ب) "و".
9 - الزيادة من (ب) .

لزم من ذلك استئجار الشجر للثمر، وإن لم يستحقها أدى إلى الانتفاع بملك الغير من دون عوض يستحقه.

قال: والأقرب عندي أنه لا يصح قسمة الشجر دون الثمر إلا بشرط القطع ولو تراضيا على بقائه على الشجر لم يضر في صحة القسمة وإلى هذا أشرنا بقولنا وإن بقى انتهى [١].

وقيل ف: يصح قسمة الشجر من دون الثمر، ويلزم كل واحد حصته من أجرة الثمر الذي على شجر صاحبه، وإن كان لا يصح استئجار الشجر للثمر لأن الأجرة تجب هنا لأجل الانتفاع بحق الغير، وإن كان لا يصح إجارته كما تجب أجرة المسجد والمقبرة على من استعملها،[٢] يعني والذي لا يصح هو استئجار الشجر ليستثمر لأن ذلك بيع أعيان معدومة .

مسألة: قيل ويصح قسمة أرض وما فيها من الزرع أو الثمر إما بأن يقوم بزرعها وثمرها، وتقسم على حسب القيمة، وإما بأن تمسح الأرض حيث هي مستوية، ويزاد مع الجانب الذي زرعه أضعف أو ثمره أقل [من جزء] [٣]الأرض بقدر ما في الجانب الآخر من زيادة الزرع [أو الثمر] [٤] [٥].

قوله عليلم: " **ويرفع أو يقطع رَبُ الشَّجَرَةِ ما تدلى من أغصانها إلى نحو ملك الغير غالباً** " أراد بنحو ملك الغير أو الوقف أو الحق، فإذا مالت أغصان شجرة لشخص إلى ما هو لغيره لزمه رفعها أو قطعها لأن صاحب الهواء أولى بهوائه إلى انتهائه كما هو أولى بقراره إلى انتهائه.

وقوله: "غالباً" احتراز من أن يكون الهواء حقاً لصاحب[٦] الشجرة باستثناء أو نحوه، ويحترز مما إذا كان الهواء حقاً فقط وكان التدلي إليه لا يضر به فإن ذلك جائز، قيل ذكره الدواري، وذلك كالجبال التي يستحق ماؤها ونحو ذلك [٧].

وما سقط[٨] من ثمار الشجرة إلى ملك الجار لزمه تسليمه لمالكه ،قيل : ذكره الهادي عليلم، وقيل ح لا يلزمه إلا التخلية بينه وبين مالكه فإن نقله لزمه حفظه لا رده [٩].

---

1 -الغيث المدرار ج٣(خ) .
2 -البيان لابن مظفر (٣١٠/٣).
3 -في (ب) " جزاءً من " بدل مابين المعقوفتين.
4 -الزيادة من(ب) .
5 - البيان لابن مظفر (٣١٣/٣).
6 -في (ب) " لمالك".
7 -تعليق الدواري على اللمع (خ) .
8 -في (ب) " يسقط ".
9 - البيان لابن مظفر (٣١٢/٣) وشرح الأزهار - (٣ / ٣٩٣).

قوله عليلم : " **وإلا فالْغَيْر يترتب** " أي وإن لم يرفع مالك الجرة أغصانها ولا يقطعها كان لصاحب الأرض أن يفعل ذلك دفعاُ للضرر عن نفسه لكن يجب أن يكون ما يفعله مرتباً فتقدم الرفع إن أمكن على وجهٍ لا يضر بالأغصان مع التمكن من ذلك ثم مع حصول الإضرار بها[١] إن لم يمكن رفعها إلا بذلك ثم إن تعذر رفعها كان له أن يقطعها، وذكر الترتيب مزيد من المؤلف عليلم وهو لازم .

قيل ح: ويرجع على صاحب الشجرة بأجرة ما فعله من [الرفع أو] [٢] القطع إذا نواها[٣].

و[قيل] [٤]ع: لا يرجع [بها] [٥] إلا إذا فعل ذلك بإذن الحاكم [٦].

قال في الأزهار: "فَإِنْ ادَّعَى الْهَوَاءَ حَقًّا فَالْبَيِّنَةُ عَلَيْهِ"[٧] يعني البينة بذلك وبينته على أحد ثلاثة أوجه، إما على أن الشجرة ثابتة قبل إحياء جاره لتلك الأرض، أو على أنه باع تلك الأرض واستثنى حق لبث تلك الأغصان، أو على إقرار جاره باستحقاقه لبقائها.

قيل: ولا يأتي هنا خلاف ص بالله والمؤيد في ثبوت الحق باليد إذ لا اختيار للشجرة، وإنما لم يذكر ذلك المؤلف عليلم في الأثمار لدخوله تحت عموم قوله، والبينة على مدعي خلاف الأصل وقد تكرر ذلك في مواضع من الأثمار .

قوله عليلم:" وله الأجرة " قد تقدم الكلام في ذلك في الشرح .

قوله عليلم :" **ولا يصح قِسْمَة لقدر**[٨] **المتدلي**" يعني إذا شرط الشريكان في قسمة الشجر[٩] أنّ ما تدلى من أغصان الشجرة التي[١٠] بينهما إلى أرض كل منهما فهو له في مقابلة ما تدلى إلى أرض الآخر [لم تصح هذه القسمة، قيل وكذا إذا قسمت الأرض على أن ما تدلى من أغصان شجر كل واحد إلى أرض الآخر] [١١] فهو له أو ثمره له كانت القسمة باطلة، ولو تراضوا بذلك لأنها وقعت على عوض مجهول معدوم، وكذا لو كلن ذلك عرفاً

---

1 -في (ب) " لها ".
2 -الزيادة من (أ) .
3 - البيان لابن مظفر (٣/٣١١) .
4 -في (ب) " قال الفقيه " بدل مابين المعقوفتين.
5 -الزيادة من (أ) .
6 - البيان لابن مظفر (٣/٣١١).
7 - الأزهار - (١ / ١٣٢).
8 -في (ب)"بقدر".
9 -في (ب)"الشجرة".
10 -في (أ)"الذي".
11 -سقط من (ب) .

لهم ظاهراً فإن اقتسموا من دون أن يشرطوا ذلك لكن تراضوا به بعد القسمة جاز ذلك، وكان إباحة يصح الرجوع فيه، وفي ثماره مع البقاء فقط وتبطل الإباحة بالموت .

مسألة: فإن قسمت الأرض مع أشجارها كانت عروقها ممتدة في الأرض لم يكن لأيهم أن يقطع ما في أرضه من عروق شجر أصحابه ولكل منهم منع الآخر(١) من إحداث غرس يضره فإن أحدث أحدهم غرساً في نصيبه فدخلت عروقه أرض جاره فللجار قطعها (٢).

وهل يجب على رب الشجرة أن يرفع عروق شجرته عن أرض الغير[٣/أ] كما يجب عليه أن يرفع أغصانها كما تقدم سلفاً(٤) والأقرب عدم وجوب ذلك لجري العادة بخلافه والله أعلم.

قوله عليلم[٥/أ] :"**والْبَيِّنَةُ على مدعي خلاف الأصل** "وإذا أدعى أحد المقتسمين أنه غبن غبناً [فاحشاً] (٦) أو غلط عليه، أو وقعت القسمة على وجهٍ يضره أو نحو ذلك مما يقتضي فساد القسمة، فإن البينة عليه بما يدعي من ذلك، لأنه يدعي خلاف الأصل فإن بين بذلك أو صادقه الشركاء وجب نقض القسمة وإعادتها على وجه الصحة فإن كان أحدهم قد باع نصيبه لم يصح تصادقهم على فسادها لأنّ ذلك إقرار على الغير، وإنما يثبت ذلك بالبينة، وكيفيتها أن يشهدوا أنّ القسمة فاسدة لأجل الغلط أو لكون الغبن في التقويم فاحشاُ أو لكونهم لم يتركوا لبعض الأقسام طريقاً ولا مسيلاً .

قيل [ح] (٧): ولا يضر ذلك، وإن كانت تتضمن النفي، وهو أن هذا النصيب ليس مسيل لأن مثل ذلك جائز كما لو شهدوا أنه مفلس بمعنى لا مال له ونحو ذلك (٨).

قوله عليلم: " **وَلَا تُسْمَعُ مِنْ حَاضِرٍ فِي الْغَبْنِ غالباً** " أي ولا تسمع البينة من حاضر للقسمة على دعواه وقوع الغبن عليه إذ هو كمن باع بغبن فاحش بخلاف ما إذا كان غائباً أو صغيراً أو نحوه، وناب عنه منصوب أو ولي أو وكيل لأن تصرفهم بغبن فاحش لا ينفذ وأما الغبن غير الفاحش فلا تنقض له القسمة مطلقاً وهو ما يتغابن [البائن] (٩) بمثله.

---

1 -في (ب)"الاخرين" .
2 - البيان لابن مظفر (٣/٣١٢).
3 -نهاية ورقة ٣٥٢ من (أ) .
4 - في المخطوط "سل".
5 - نهاية ورقة ٣٦٩ من (ب).
6 -الزيادة من (ب) .
7 -الزيادة من (أ) .
8 -الغيث المدرار ج٣(خ) .
9 -الزيادة من (أ) .

وقوله: "غالباً" احتراز من أن يكون الحاضر مجبوراً على القسمة فإن إذا أدعى الغبن في القسمة سمت دعواه، وقبلت بينته هكذا في الشرح، والقول لمنكر القسمة والغبن والغلط والضرر إذ الأصل عدمها وتنقض القسمة للغلط كإعطاء النصف من له الربع ولو بحكم إذ خالف قطعاً، ويقبل قول القسّام في التغبين حال القسمة كالحاكم لا بعدها كقول الحاكم بعد عزله، ذكره في البحر وفيه ما لفظه " مَسْأَلَةٌ " الهادي وأبو العباس وأبو يوسف ومحمد وأحد قولي ش وَلِلْحَاكِمِ قِسْمَةُ التَّرِكَةِ إنْ طَلَبَ ، وَإِنْ لَمْ يُبَيِّنُوا بِالْمِلْكِ لِثُبُوتِ أَيْدِيهِمْ كَالْبَيْعِ أبو حنيفة وأحد قولي ش بَاقٍ فِي مِلْكِ الْمَيِّتِ وَمِنْ ثَمَّ[1] يُقَدَّمُ دَيْنُهُ وَوَصَايَاهُ ، فَلَا يَنْتَقِلُ إلى مِلْكِهِمْ إلَّا بِبَيِّنَةٍ عَلَى اسْتِبْدَادِهِمْ بِهِ.

قُلْنَا: بَلْ يَنْتَقِلُ إلَيْهِمْ بِمَوْتِهِ وَإِنْ تَعَلَّقَ بِهِ حَقٌّ إذْ لَهُمْ الْإِيفَاءُ مِنْ غَيْرِهِ ثُمَّ قَدْ وَافَقْهمْ[2] فِي الْمَنْقُولِ فَلَا فَرْقَ الإمام يحيى وَيَلْزَمُ الْحَاكِمُ أَنْ يَكْتُبَ سِجِلَّهُ أَنَّهُ حَكَمَ [بِهِ] [3] بِغَيْرِ بَيِّنَةٍ لِيَخْرُجَ عَنْ الْعُهْدَةِ [4]انتهى.

فائـــدة: لو ادعى بعض المقتسمين فساد القسمة وقد كان قطع كل واحد منهم عن الآخرين كل حق ودعوى بعد قسمتهم فقيل لا تسمع دعواه لذلك لأجل القطع إذ هو إبراء، وقيل بل تسمع لأنه إنما أبرأ ظناً منه أنه مستوف لحقه بحيث لو علم عدم الاستيفاء لما أبرأ[5].

قيل[6]: ولعله يأتي على الخلاف فيمن أبرأ من حق لا يعلمه أو نظر قلته بحيث لو علم ذلك لما أبرأ فعند م بالله يصح وعند ض زيد لا يصح [7].

فائـــدة أخرى: لو اقتسموا الدين الذي على شخص لكل واحد منهم ما على شخص، فقيل تصح القسمة، وقيل: لا تصح القسمة إذ هو معدوم فلا يتم حتى يقبض كل منهم ما عين له، وقيل تصح على القول بأنها إفراز لا على القول بأنها بيع والله أعلم [8].

---

1 -في (أ) "ثمة".
2 -في البحر "وافقتم" .
3 -الزيادة من البحر .
4 - البحر الزخار (١٠ / ١٥٥).
5 -البيان لابن مظفر (٣/٣١٤) .
6 -في (ب)"قبل" .
7 - البيان لابن مظفر (٣/٣١٥) .
8 -البيان لابن مظفر (٣/٣١٧) .

كِتَابُ الرَّهْنِ

هو في اللغة: الثبوت والدوام، ومنه قولهم الحال الراهنة أي الثابتة [١].

والأصل [فيه] [٢] قبل الإجماع، قوله تعالى" (فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ) [٣] ومن السنة ما ثبت في الصحيحين وغيرهما أن النبي صلى الله عليه وآله تُوُفِّيَ وَدِرْعُهُ مَرْهُونَةٌ عِنْدَ يَهُودِيٍّ في ثَلَاثِينَ صَاعًا من شَعِيرٍ [٤].

قال في التلخيص: اسْمُ الْيَهُودِيِّ الذي رهن النبي صلى الله عليه وآله عنده درعه أبو الشَّحْمِ الظَّفَرِيُّ[٥] [وَ][٦] رَوَاهُ الشَّافِعِيُّ ثم[٧] الْبَيْهَقِيُّ من طَرِيقِ جَعْفَرِ بن مُحَمَّدٍ عن أبيه مُرْسَلًا وَوَقَعَ في كَلَامِ إمَامِ الْحَرَمَيْنِ أبو شَحْمَةَ وهو تَصْحِيفٌ" انتهى [٨].

وحده في الشرع ما نبه عليه المؤلف[عليلم] [٩] بقوله " [و] [١٠] **هو عقد توثيق بَيْنَ جَائِزَيْ تَصَرُّفٍ** " وقال في البحر: جَعْلُ الْمَالِ وَثِيقَةً فِي الدَّيْنِ يَسْتَوْفِي مِنْهُ عِنْدَ تَعَذُّرِهِ مِمَّنْ هُوَ عَلَيْهِ [١١].

وقيل:عقد على عين مخصوصة يستحق به استمرار قبضها لاستيفاء مال مخصوص[١٢].

وقيل: توثق بعين على دين بشروط ليستوفي منها عند تعذر الوفاء [١٣].

---

1 - المصباح المنير- (١ / ١٢٧)بنحوه، ومغني المحتاج (ج٢/ص١٢١)، وقيل هو في اللغة الشيء محبوسا أي شيء كان بأي سبب كان والرهن المرهون تسمية للمفعول بالمصدر والجمع رهون ورهان والتركيب دال على الثبات والدوام، وفي الشريعة حبس الشيء بحق يمكن أخذه منه كالدين. أنيس الفقهاء - (١ / ٢٨٩).

2 - سقط من (ب).

3 - البقرة:٢٨٣.

4 - أخرجه البخاري في صحيحه -كِتَاب الْجِهَادِ وَالسِّيَرِ - بَاب ما قِيلَ في دِرْعِ النبي r و... -رقم٢٧٥٩ (ج٣/ص١٠٦٨) ومسلم في صحيحه-كِتَاب الْمُسَاقَاةِ - بَاب الرَّهْنِ وَجَوَازِهِ في الْحَضَرِ والسفر -رقم١٦٠٣ (ج٣/ص١٢٢٦).

5 - عرف هذا اليهودي بأبي الشحم اليهودي وهو رجل من بني ظفر . ينظر كتاب الأسماء المبهمة (ج٢/ص١٤٠).

6 -سقط من المخطوط .

7 -في التلخيص"و" .

8 -التلخيص الحبير (ج٣/ص٣٥).

9 - الزيادة من (أ).

10 - الزيادة من (أ).

11 - البحر الزخار (١٠ / ١٥٨).

12 - الغيث المدرار ج٣(خ). و شرح الأزهار - (٣ / ٣٩٥).

13 - مغني المحتاج (ج٢/ص١٢١) بنحوه .

وقيل غير ذلك، وهي متقاربة، فالعقد عبارة عن الإيجاب والقبول، وهو أن يقول الراهن رهنتك، أو خذه وثيقة في دينك، أو هذا معك رهن حتى آتيك بدينك، ويقبل المرتهن على الفور من دون إضرار بأن يقول قبلت أو ارتهنت، أو نحو ذلك، صرح بذلك في الحفيظ[١] وغيره، وهو ظاهر الأثمار وأصله.

وفي البحر أن القبض يغني عن القبول [٢].

لأنه قال فيقبل أو يقبض، وقول المؤلف عقد توثيق يخرج ما عدا الرهن من العقود.

وقوله:"بَيْنَ جَائِزَيْ التَّصَرُّفِ" يعني من يصح منهما البيع ولو عبداً أو صبيين[٣] مأذونين، فأما غير المأذونين فيكون رهنه موقوفاً، وكذلك المحجور عليه للدين، ولذلك قال جائزي تصرفٍ، ولم يقل مطلقي تصرف، وخرج المكره، فلا يصح رهنه، وكذا[٤] المجنون إذ ليسا جائزي[٥] التصرف، وعند الناصر والشافعي أنّ رهن المحجور عليه والعبد والصبي المأذونين لا يصح [٦].

فــــــرعٌ: فإذا قال المرتهن للراهن ارهن مني عبدك في ديني فقال رهنت، أو قال الراهن للمرتهن ارتهن مني عبدي هذا في دينك، فقال ارتهنت لم ينعقد الرهن بذلك عندنا خلاف ش[٧].

قوله عليلم:" **ويدخله التوقيت وكذا التعليق غالباً و الْخِيَارَاتِ** " فالتوقيت نحو أن يقول قد رهنتك هذا الشيء [شهراً و سنة أو نحو ذلك ويخرج عن الرهنية بانقضاء الوقت، ومثال التعليق بالشرط أن يقول إن لم آتك بدينك ليوم كذا فقد [٨/]رهنتك هذا الشيء فيه] [٩] و[١٠] نحو ذلك ويقبل المرتهن فينعقد الرهن عند حصول الشرط.

وقوله "غالباً" احتراز من أن الشرط خلاف موجبه فإن الشرط يلغو عندنا ويصح الرهن وهو قول ح لأن الشروط الفاسدة لا تفسد الرهن خلاف ش [١١].

---

1 - الحفيظ في الفقه(خ) .
2 - البحر الزخار (١٠ / ٣٠٥) .
3 - في (ب)"صبيا".
4 - في (ب)"وكذلك".
5 - في (ب)"بجايزي".
6 - الأم (ج٣/ص١٥٠).
7 - المرجع السابق.
8 - نهاية ورقة ٣٧٠ من (ب).
9 - الزيادة من (ب).
10 - في (ب)"و".
11 - الغيث المدرار ج٣(خ).

لنا عموم قوله صلى الله عليه وآله:" ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله" الخبر

وقد تقدم[١]، فيبطل كل شرط إلا ما يقتضي خلل شرط صحته كعلي أن لا يقبضه المرتهن فيفسد الرهن بذلك اتفاقاً، فإن شرط أن مؤنه على المرتهن وأنه لا يضمن الرهن، أو أن الرهن لا يضمن زايداً لدين أو نحو ذلك من الــشروط الفاسدة فإنها تلغو، ويصح الرهن كما مر، وعند الشافعي أن الشروط الفاسدة تفسد[٢/] الرهن كما تفسد البيع [٣].

فـــــرعٌ: وَيَنْعَقِدُ مِنْ الْأَخْرَسِ بِالْإِشَارَةِ الْمُفْهِمَةِ كَالْبَيْعِ،وَيَلْحَقُ عَقْدُهُ الْإِجَارَةُ كَالْبَيْعِ فَإِنْ رَهَنَ مَالَ مُوَرِّثِهِ قَبْلَ الْعِلْمِ بِمَوْتِهِ فانْكَشَفَ موته فَوَجْهَانِ : أَصَحُّهُمَا يَصِحُّ إذْ يَثْبُتُ الْمِلْكُ وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ بِهِ فَيَصِحُّ التَّصَرُّفُ ذكره في البحر [٤].

وأما الخيارات فالمراد بها خيار الرؤية والشرط والعيب، فإنها تثبت للمرتهن في الرهن كما في البيع إذ هو في حكم المعاوضة، فإن قيل وما فائدة ثبوت الخيارات للمرتهن، مع كون له الرد من دونها إذ هو جائز من جهته .

قلنا: فائدتها لزوم إبدال الرهن إذا رده بأنها لا حيث رده من دونها.

قوله عليلم:" **وشروطه قبض الرهن [هب]** [٥]**بِالتَّرَاضِي**" أي شرط صحة عقد الرهن قبض المرتهن للعين المرهونة بعد العقد برضا الراهن فلا ينعقد بمجرد الإيجاب والقبول من دون قبض خلاف الناصر ومالك فقالا ينعقد بذلك ويجبر الراهن على تسليمه [٦].

لنا قوله تعالى:**(** فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ **)**[٧] فوصف الرهن بكونه مقبوضاً كوصف الرقبة في كفارة القتل بكونها مؤمنة، فكما أن الإيمان هنالك شرط في أجزاء الرقبة كذلك يكون القبض هنا شرطاً في صحة كون الشيء رهناً، فإن امتنع الراهن من إقباضه بعد العقد أو مات أو باعه من الغير، أو رهنه منه وأقبضه إياه بطل الرهن الأول لعدم حصول شرطه وهو القبض ولو قبضه المرتهن من دون رضا الراهن لم يصح، إذ له الفسخ قبل القبض وله الرجوع عن الإذن بالقبض ما لم يحصل القبض، وإن قبضه المرتهن من دون إقباض كان غصباً، وكذا لو حبس وديعة له عنده أو غيرها بدينه فإنها تكون غصباً لا رهناً .

---

1 - سبق تخريجه صـــ٥٧٠.
2 - نهاية ورقة ٣٥٣ من (أ).
3 -المهذب (ج١/ص٣٤١). والحاوي الكبير (ج٧/ص٣٧١). وشرح الأزهار - (٣ / ٣٩٧).
4 - البحر الزخار - (١٠ / ١٦٢).
5 - الزيادة من (ب).
6 - شرح الأزهار - (٣ / ٣٩٧)وبداية المجتهد (ج٢/ص٢٠٦).
7 - البقرة:٢٨٣.

قُلْنَا:مَنْ ارْتَهَنَ وَدِيعَةً عِنْدَهُ اشْتَرَطَ فيها تَجْدِيدَ الْقَبْضِ بِالْإِذْنِ ، كَلَوْ كَانَتْ مَعَ الرَّاهِنِ على المذهب، وهو قول ش، وقيل لا يشترط ذلك لثبوت يده عليها برضا الراهن.

قُلْنَا: الْإِمْسَاكُ الْأَوَّلُ لِلرَّاهِنِ فَكَأَنَّها فِي يَدِهِ [١].

وحذف المؤلف عليلم قوله في الأزهار" فِي الْمَجْلِسِ أَوْ غَيْرِهِ "[٢] لفهم ذلك من إطلاق العبارة .

قوله عليلم:" **وَيَسْتَقِرُّ بِثُبُوتِ نحو الدَّيْنِ** " [أي] [٣] ويستقر كون الشيء رهناً بثبوت الدين في ذمة الراهن فلو رهنه فيما يستقرضه منه كان الرهن موقوفاً على حصول القرض، فمتى حصل استقر الرهن وإلا بطل هذا مذهبنا، وهو قول ح [٤].

وعند الشافعي أنه لا يصح الرهن عما سيثبت، وحكي مثله عن الناصر بناء على أن العقود الموقوفة لا تصح [٥].

وأراد "بنحو الدين" المنفعة فيصح الرهن على عمل الأجير المشترك وفائدته بيعه عند مطل الأجير بالعمل ثم يستأجر من يعمل ذلك [العمل] [٦] من ثمن الرهن بأجرة المثل، ولو كانت أكثر من أجرته الأولى أو أقل، وسواء كان قد قبضها أم لا، ولا يصح أخذ الرهن على عمل الأجير الخاص لأنه غير مضمون عليه، وإنما عليه تسليم نفسه وحذف [المؤلف][٧] قوله في الأزهار" قِيلَ وبِحُلُولِهِ قِيلَ وبِفَوَاتِ الْعَيْنِ"[٨]، لأن المذهب خلاف ذلك.

أما الأولى: فالقائل بها ابن أبي العباس الصنعاني[٩] في كفايته ذكر أنه لا يصح الرهن عن الدين المؤجل حتى يحل أجله، وضعفه الإمام المهدي عليلم، [١٠] لأن أهل المذهب قد نصوا على صحة الرهن عنه لكن ليس لصاحبه المطالبة بالرهن ولا بالكفيل على الأصح كما ليس له المطالبة بالقضاء قبل حلول أجله .

---

1 - البحر الزخار - (١٠ / ١٦٣).
2 - الأزهار - (١ / ١٣٣).
3 - الزيادة من (أ).
4 - شرح الأزهار - (٣ / ٣٩٧)و المبسوط للسرخسي (ج٢٢/ص٥).
5 -الغيث المدرار ج٣(خ)و شرح الأزهار - (٣ / ٣٩٧) و الإقناع للماوردي (ج١/ص١٠١).
6 - الزيادة من (ب).
7 - الزيادة من (ب).
8 - الأزهار - (١ / ١٣٣).
9 - اسمه محمد بن يحيى وقبره في قرية حوث مشهور مزور. ينظر حاشية شرح الأزهار(٣ / ٣٩٨).
10 - شرح الأزهار - (٣ / ٣٩٨).

وأما المسألة الثانية: فذكرها الفقيه ح، وصورتها أن يرهن[١] المستعير أو المستأجر رهناً في العين المستعارة أو المؤجرة بعد تضمينها إياه، فقال إنما يستقر الرهن بفوات تلك العين، ولزوم قيمتها لا قبل فواتها فلو تلف [الرهن] [٢] قبل فواتها لم يضمنه المرتهن لأنه تلف قبل صحة الرهنية، وللراهن استرجاعه قبل ذلك لأن الرهن على الأعيان لا يصح [٣].

وقال غيره: بل يصح الرهن على الأعيان المضمونة وهو ظاهر كلام القاضي زيد وقواه المهدي عليلم [٤].

قوله عليلم " **وكَوْنُهُ ممَّا يَصِحُّ بَيْعُهُ منه** "أي ويشترط لصحة الرهن أن يكون الشيء المرهون مما يصح بيعه من المرتهن إلا الأشياء المستثناة التي سنذكرها فكلما صح بيعه من المرتهن صح رهنه منه إلا المستثناة، وإنما زاد المؤلف [عليلم] [٥] لفظة"منه" لئلا يتوهم من إطلاق العبارة أنه يصح رهن المصحف ونحوه من الذمي لأنه يصح بيعه في الجملة أي من غيره، وكذا [لا] [٦] يصح أن يرهن الذمي خمراً من مسلم أو يرتهنه منه، وإن كان يصح أن يبيعه الذمي[٧] من ذمي .

قوله عليلم:" **إلَّا نحو وَقْفٍ** " هذا شروع في بيان الأشياء المستثناة التي يصح بيعها ولا يصح رهنها، وأراد "بنحو الوقف" الهدي والأضحية، أما الوقف فحيث ينتهي إلى حد لا ينتفع به في [الوجه][٨]المقصود فإنه يصح بيعه، ولا يصح رهنه ذكره بعض أهل المذهب[٩].

وقال السيد ح: في الياقوتة يصح رهنه إذا بطل نفعه في الوجه المقصود [١٠].

وقد اختلف في رهن الوقف الذي لا يجوز بيعه أيصح رهنه أم لا ؟

فقال الهادي عليلم في المنتخب: يجوز رهنه سنةً أو سنتين [١١]. يعني وتكره الزيادة على السنتين مع الصحة [/١٢] .

---

1 - في (ب)"يرتهن".
2 - الزيادة من (أ).
3 - شرح الأزهار - (٣ / ٣٩٨) .
4 - المرجع السابق.
5 - الزيادة من (أ).
6 - سقط من (ب).
7 - في (ب)"ذمي".
8 - الزيادة من (أ).
9 - شرح الأزهار - (٣ / ٣٩٨).
10 -الياقوتة (خ) وشرح الأزهار - (٣ / ٣٩٨).
11 - المنتخب - (٣٦٤).
12 - نهاية ورقة ٣٧١ من (ب).

وقال المؤيد مذهباً وتخريجاً: لا يجوز، وهو اختيار ط وصححه القاضي زيد والمذاكرون لأن

موضوع[1] الرهن استيفاء الدين من ثمنه [2].

وأما الهدي والأضحية فإذا خشي عليهما التلف، فإنه يجوز بيعهما ولا يحوز رهنهما، وكذلك إذا أريد إبدالهما بأفضل منهما فإنه يجوز بيعهما لذلك ولا يجوز رهنهما له [3].

قوله عليلم :" **ومُؤَجَّرَة ومُزَوَّجَة غالباً** " فلا يصح رهن العين المؤجرة وإن صح بيعها وكذلك الأمة المزوجة .

وقوله" غالباً "يحترز من أن يرهن العين المؤجرة من المستأجر ومن عنده أو يرهن الأمة المزوجة من زوجها أو من عبده أو من سيده، فإن ذلك كله يصح على المذهب لا من غير من ذكر خلافاً لزيد[4] [في الأمة المزوجة] [5]، فقال يصح رهنها من غير الزوج، ولا يضر وطئ[6] الزوج إياها في يد المرتهن وإنما لم يصح رهنها من غير المستأجر والزوج لتقدم حقهما [7].

فائـــــدة: قيل وإذا أجرت العين المرتهنة من المرتهن، أو رهنت المؤجرة من المستأجر صح ذلك لكن المتأخر من العقدين يبطل المتقدم منهما لينافي أحكامهما إذ الرهن يستحق المرتهن إمساكه فقط مضموناً عليه، والمؤجر يستحق المستأجر إمساكه والانتفاع به غير مضمون عليه ذكر معنى ذلك السيد ح والفقيه ع [8].

فائـــــدة أخرى: كما يصح رهن الأمة المزوجة من الزوج أو سيده كذلك يصح تزويج المرهونة من المرتهن أو عبده ثم إذا باع المرتهن عبده الذي هو زوج الأمة المرهونة بطل رهنها، ذكره ابن مظفر وهو متجهٌ [9].

---

1 - في (ب)"موضع".
2 -الغيث المدرار ج٣(خ) .
3 - شرح الأزهار - (٣ / ٣٩٨).
4 - في (ب)"للمؤيد".
5 - الزيادة من (أ).
6 - في (أ)"وطوء".
7 -الغيث المدرار ج٣(خ) .
8 -البيان لابن مظفر (٣٢٨/٣) .
9 -المرجع السابق.

قوله عليلم:" **ونحو الْفَرْعُ دُونَ الْأَصْلِ** " أراد بنحو ذلك الأصل[1/] دون الفرع والنابت دون المنبت، والمنبت دون النابت فهذه الأربعة يجوز بيعها، ولا يجوز رهنها كذلك لتعذر كمال القبض فيها وهو شرط في صحة الرهن كما تقدم .

وحذف قوله في الأزهار" إلَّا بَعْدَ الْقَطْعِ "[(٢)] [لأنها بعد القطع] [(٣)] كسائر المنقولات فلا حاجة إلى ذكره هنا.

قوله عليلم :" **وجُزْءًا** [(٤)] **مشَاعًا ولو طارئاً** " فلا يصح عندنا رهن الجزء المشاع لتعذر كمال قبضه، ويصح بيعه إذ كمال القبض ليس بشرط في صحة البيع، وقد اختلف في صحة رهن المشاع فالذي نص عليه الهادي [عليلم][(٥)] في الأحكام وذكره الأخوان وأبو العباس أنه لا يصح مطلقاً.

وقال في المنتخب والناصر وش وروي عن القاسم ومالك: أنه يصح مطلقاً،[(٦)] وقال أبو حنيفة إن قارن الشياع لم يصح وإن رهنه جميعه ثم تفاسخا في النصف أو ورث الراهن بعض الدين أو نحو ذلك صح رهنه [(٧)].

لنا ما تقدم من [أن] [(٨)] الشياع يمنع من كمال القبض إن قارن، ويمنع من استمراره إن طرأ، و استمرار كمال القبض شرط في صحة الرهن كابتدائه، فعلى قولنا لو رهن الأرض مع زرعها، فإن الرهن يفسد متى بلغ الحصاد لحصول الشياع فيه لمشاركة الفقراء على القول بتعلق الزكاة بعينه بخلاف السوائم فإن رهنها لا يفسد بحول الحول عليها لأن زكاتها تعلق بالجنس .

قيل:عليلم:" **بل لكل**[(٩)] **من واحد ويَحْبِسَهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ منْهُمَا** " فيصح أن يرهن الشريكان كل الشيء المشترك بينهما من شخص واحد صفقة واحدة وذلك لأنه يتحقق كمال القبض في رهن الكل وإن كان فيه معنى الشياع لأنه صار رهناً كله فيضمنه المرتهن جميعه حتى يستوفي منهما كليهما[لأن كله] [(١٠)] رهن في كل الدين.

---

1 - نهاية ورقة ٣٥٤ من (أ).
2 - الأزهار - (١ / ١٣٣).
3 - الزيادة من (ب).
4 - في (ب) "جزاءً " وهو تصحيف.
5 - الزيادة من (أ).
6 - القوانين الفقهية (ج١/ص٢١٢). و الأم (ج٣/ص١٩٠).
7 -الغيث المدرار ج٣(خ)و شرح الأزهار - (٣ / ٣٩٩) البحر الرائق (ج٣/ص١٨٣).
8 - الزيادة من (أ).
9 - في (ب)"الكل".
10 - الزيادة من (أ).

قيل: وكان كل واحد منهما استعار نصيب صاحبه فرهنه مع نصيبه.

قوله عليلم:" **أو مِنْ اثْنَيْنِ فَيَقْسِمَانِ أو يَتَهَايَآنِ حَسَبِ الدين** " يعني أو يرتهن الشريكان الشيء المشترك بينهما من شخصين في صفقة واحدة فيقتسمان ذلك الرهن إن كان ينقسم من دون ضرر، أو يتهايانه إن كان لا ينقسم كذلك إذ هو كله رهن مع كل واحد منهما ذكر ذلك أبو جعفر، وقال الشافعي: بل يكون مع كل واحد منهما نصفه رهناً لا غير [(١)].

فعلى قولنا يلزم ما ذكره المؤلف عليلم " **وَيَضْمَنُ كُلٌّ مِنْهُمَا كُلَّهُ** "أي يضمن كل واحد من الشخصين المرتهنين ما في يده وما في يد صاحبه لما ذكرناه من أنه كله رهنٌ مع كل واحد منهما خلاف ش، وإذا استوفى أحدهما دينه بقي الرهن كله محبوساً بدين الآخر، وعن أبي حنيفة يبقى مع الآخر نصفه لا جميعه [(٢)]، فحصل مما سبق ذكره أن الرهن إذا كان في صفقة واحدة صح أن يرهنه واحد من جماعة، وجماعة من واحد، وجماعة من جماعة، وإذا أدى أحد الراهنين ما عليه بقي جميعه رهناً بما [بقي] [(٣)] على غيره، وإن رهن في عقدين أو عقود لم يصح وقد دخل جميع ذلك تحت عبارة الأثمار كأصله .

قال في الشرح: وإنما عدل المؤلف [عليلم] [(٤)] عن قوله في الأزهار"أو يَتَهَايَآنِ حَسَبِ الْحَالِ" [(٥)] ،إلى قوله "حسب الدين" لأن كون القسمة بالمهاياة لا يكون إلا فيما ينقسم قد فهم مما مر بخلاف كون القسم مطلقاً، يكون على قدر الدين فلا يفهم إلا بما أشار إليه المؤلف عليلم بخلاف عبارة الأزهار، فمحتمله توهم أن لكل واحد منهما أن يحبس نصفاً مطلقاً كما هو مذهب ش، وليس كذلك بل المراد ما ذكره المؤلف عليلم [بخلاف عبارة الأزهار] [(٦)] وهو المصحح للمذهب، وإنما حذف [المؤلف] [(٧)] قوله في الأزهار" وَيَبْقَى ضَمَانُ الْمُسْتَوْفِي لَا الْمُبَرَّأُ"[(٨)] لدخول معنى ذلك فيما سيأتي من قوله "وكذا براءة الذمة" انتهى [(٩)].

وقد اختلف في هذه المسألة فالذي صححه أبو طالب للمذهب هو ما ذكر من أن أحد المرتهنين إذا استوفى دينه فضمانه للرهن باقٍ حتى يستوفي صاحبه دينه، بخلاف ما إذا

---

1 -شرح الأزهار - (٣ / ٤٠٠) و الحاوي الكبير (ج٦/ص٢١٨).
2 - الفتاوى الهندية (ج٥/ص٤٨١).
3 - الزيادة من (ب).
4 - الزيادة من (ب).
5 - الأزهار - (١ / ١٣٣).
6 - سقط من (ب).
7 - الزيادة من (أ).
8 - الأزهار - (١ / ١٣٣).
9 - الجامع في الشرح (خ) .

أبرأ من دينه فإنه يخرج عن ضمان الرهن ويبقى كله على الآخر ، وقال المؤيد بل يسقط عن المستوفي كالْمُبَرَّأ [١].

قلنا الْمُبَرَّأُ محسن، وما على المحسنين من سبيل فافترقا.

تنبيـــــهٌ: وقد زيد على ذلك أشياء منها الدين فإنه يجوز بيعه ممن هو عليه ولا يحوز رهنه منه لأن من شرطه القبض، وهو متحقق فيه.

وقال في الانتصار: "يجوز رهنه إلى من هو عليه إذا لم يكن[/٢] من صرف أو سلم لعدم استقرارهما قبل قبضهما [٣].

قال في الشرح: واختاره المؤلف عليلم لأنه قد حصل فيه المقصود بالرهن وهو الحبس وقد حصل فيه أيضاً

[معنى القبض] [٤] وزيادة انتهى بمعناه [٥].

ومنها رهن الأمة دون ولدها فإنه يصح في أحد وجهي أص ش ولا يصح بيعها دونه، فإنه إذا أريد بيعها لأجل الرهن بيع معها ولدها فما قابل حصتها من الثمن انفرد به المرتهن هكذا في الغيث [٦].

وفيه بحث كما قال فيه" وما لا يجوز بيعه لا يجوز رهنه إلا [المستأجر والمستعار][٧] للرهن وسيأتي ذكرهما وكذلك المدبر فإنه يصح رهنه ولا يصح بيعه، وقد تأول على أن المراد إذا كان سيده معسراً انتهى [٨].

وفي البحر ما لفظه" مَسْأَلَةٌ " الهادي والقاسم وأبو حنيفة وأصاحبه وأحد أقوال الشافعي وَالتَّدْبِيرُ عِتْقٌ مُعَلَّقٌ فَلَا رُجُوعَ عَنْهُ فَلَا يَصِحُّ رَهْنُهُ الناصر والشافعي بَلْ وَصِيَّةٌ فَلَهُ الرُّجُوعُ، وَالرَّهْنُ رُجُوعٌ، لَنَا: مَا سَيَأْتِي المؤيد إنْ كَانَ مُعْسِرًا صَحَّ كَالْبَيْعِ وَإِلَّا فَلَا.

قُلْت : وَهُوَ قَرِيبٌ لِلْمَذْهَبِ .وَالْخِلَافُ فِي رَهْنِ أُمِّ الْوَلَدِ كَالْبَيْعِ [٩] انتهى .

---

1 - شرح الأزهار - (٣ / ٤٠٠) .
2 - نهاية ورقة ٣٧٢ من (ب).
3 -الانتصار على علماء الأمصار ج٦ (خ) .
4 - سقط من (ب).
5 -الجامع في الشرح (خ).
6 - الغيث المدرار ج٣(خ)والحاوي الكبير (ج٦/ص١٢).
7 - في (ب)" المستعار والمستأجر" بدل ما بين المعقوفتين.
8 -الغيث المدرار ج٣(خ) .
9 - البحر الزخار (١٠ / ١٨٣).

وأما العبد المعلق عتقه على شرط فيصح رهنه في الدين الحال وأما [في] [1] المؤجل فحيث يقطع بحلوله قبل حصول شرط العتق وإلا فلا ذكره الإمام ح، وقيل [هب] [2] يصح مطلقاً وصححه المهدي عليلم في الغيث قال فيه: وأما رهن العبد المسلم والمصاحف من الذمي، ففي الانتصار المختار جواز رهنهما [منه] [3] وهو أحد قولي ش لأن الرهن على شرف الزوال ففارق البيع لكن توضع مع العدل وإن احتمل أنه لا يجوز .

قلت: وهذا الاحتمال أقرب انتهى [4].

مســـألة: قيل ويصح رهن العبد الجاني ولا يكون التزاماً بأرش جنايته وقال الإمام ح: لا يصح، وقال س: يصح حيث جنايته عمل توجب القصاص لا حيث يجب الأرش فقد شغل رقبته، ومن رهن عن جناية عبده لم يصح إذ لا شيء بذمته إلا أن يكون قد التزم بالأرش أو عرف منه أنه أراد بالرهن الالتزام بالأرش [5] .

1 - الزيادة من (أ).
2 - الزيادة من (ب) .
3 - الزيادة من (أ).
4 -الغيث المدرار ج٣(خ).
5 -البيان لابن مظفر (٣٢٤/٣).

"فَصْــــــلٌ"

[ما يصح الرهن فيه وما لا يصح]

"**ويَصِحُّ فِي نحو العَيْن مع الضمان غالباً لما بين**" في الفصل المتقدم ما يصح رهنه وما لا، [و] [١] أراد أن يبين في هذا الفصل ما يصح[٢/] الرهن فيه وما لا، وأراد بنحو العين عمل الأجير المشترك وقد تقدم الكلام على ذلك عند شرح قوله ويستقر بثبوت نحو الدين.

قال في الشرح وكذلك[٣] يصح الرهن من المؤجر للعين ليسلمها ذكر ذلك المؤلف عليلم انتهى [٤].

وقوله:"مع الضمان" معناه أنه إنما يصح الرهن عن العين ونحوها حيث صارت مضمونة بأي أمرٍ سواء كان بتضمين كالعارية المضمنة أم بغير تضمين كما يضمنه الأجير المشترك فأما لو كانت العين ونحوها غير مضمونة، فإنه لا يصح الرهن فيها كالوديعة ومال المضاربة إلا أن يكون الوديع والعامل مستأجرين على الحفظ صح الرهن عليها ذكر معنى ذلك في الشرح [٥].

قال فيه: "وإنما حذف قوله في الأزهار" وَيَكْفِي طَلَبُهُ مِنْ الْمُسْتَعِيرِ وَالْمُسْتَامِ لَا[٦] الْوَدِيعُ والْمُسْتَأْجِرِ "[٧] لأن المراد هنا ذكر الرهن وما يتعلق به [لأنه ذكر] [٨] سبب التضمين لأن المعنى أنه لا يصح الرهن إلا في عين مضمونة بأي شيء [و] [٩] سواء كان ضمانها بتصريح به أم بغير تصريح كطلب الرهن في حق المستعير والمستأم لأنهما أخذا العين لنفع أنفسهما [فقط] [١٠] لا المستأجر فلا يكفي لأنه أخذ العين لنفع نفسه، ونفع المالك وذلك

---

1 - الزيادة من (أ).
2 - نهاية ورقة ٣٥٥ من (أ).
3 - في (ب)"وكذا".
4 -الجامع في الشرح (خ).
5 - المرجع السابق.
6 - في (ب) "و". وفي الأزهار ما أثبته.
7 - الأزهار - (١ / ١٣٣).
8 - في (ب) "لا ذكر " بدل مابين المعقوفتين.
9 - الزيادة من (أ).
10 - الزيادة من (أ).

معروف، وأيضاً فإن قوله في الأزهار" لَا الْوَدِيعُ"[1]محتمل لأنه إن أراد أن الوديع لا يكفي طلبه في التضمين فهو لا يكفي ولا يؤثر التصريح أيضاً فلا وجه لتخصيص الطلب وإن أراد أنه لا يصح الرهن في الوديعة فلم يتقدم ما يناسب ذلك انتهى [2].

[و] [3] قوله عليلم "**احتراز من الرَّهْنِ** " فإنه لا يصح الرهن فيه مع أنه مضمون وذلك لأنه يؤدي إلى التسلسل ذكره المؤلف عليلم وهذه من زوائده .

قوله عليلم :" **وَلَا فِي وَجْهٍ وجِنَايَةِ عَبْدٍ**" فلو تكفل شخص بوجه شخص لم يصح منه الرهن[في الوجه الذي تكفل به لأن موضوع الرهن أن يكون في ذمة الراهن بشيء للمرتهن ولا شيء في ذمة الكفيل بالوجه فلا يصح منه الرهن] [4] وكذلك لا يصح أن يرهن السيد في جناية عبده إذ لا شيء في ذمته إلا أن يكون قد التزم بالأرش أو يعرف منه أنه قصد بالرهن التزام الأرش صح الرهن لثبوت الأرش حينئذٍ بذمته.

قوله عليلم: " ولا تَبَرُّعًا" أي ولا يصح أن يرهن الإنسان تبرعاً عن غيره في دين عليه أو نحوه، والتبرع هو أن يكون بغير أمرٍ من ذلك الغير ولا إضافة من الراهن، أو يكون بأمر من دون إضافة أو بإضافة من دون أمر، فأما إذا كان بأمر من[5] عليه الحق مع إضافة من الراهن إلى من عليه الحق بأن يقول رهنتك هذا الشيء عن فلان ونحوه، فإن ذلك يصح، والوجه في ذلك أن من حق الرهن أن يكون مضموناً، ومع عدم الأمر والإضافة لا يصح ضمانة لا للمرهون عنه إذ لا عقد بينه وبين المرتهن ولا للراهن لعدم وجوب الحق عليه، ومع الأمر والإضافة يصير كالوكيل لمن عليه الحق فيصح الرهن عنه حينئذ .

قال في الشرح: وإنما عدل عن قوله في الأزهار" بِغَيْرِ أَمْرٍ أَوْ إضَافَةٍ "[6] لأنه يوهم أن النفي للأمرين معاً قيد في عدم الصحة وليس كذلك بل نفي أحدهما كافٍ لأنه لا يسمى تبرعاً مع اختلال أحدهما فكانت عبارته أصح وأعم مع اختصار انتهى [7].

---

1 - الأزهار - (١ / ١٣٣).
2 -الجامع في الشرح (خ).
3 - الزيادة من (أ).
4 - سقط من (أ).
5 - في (ب)"ممن".
6 - الأزهار - (١ / ١٣٣).
7 -الجامع في الشرح (خ).

قوله عليلم: "**وفَوَائِده رَهْنٌ لَا كَسْبَهُ** " أي جميع فوائد الرهن الأصلية [والفرعية] [١] حكمها حكمه في أنها رهن في يد المرتهن تثبت لها أحكام الرهن كلها من الضمان وغيره، هذا قول الهادي عليلم وهو المذهب [٢].

وقال الناصر والشافعي: أنها لا تكون رهناً ولا مضمونة، وعن القاسم والحنفية أنها رهن غير مضمون، وهو قول الحسن البصري [٣].

وعن بعض أهل الحديث أن ركوبه ولبنه [وصوفه][٤] للمرتهن لحديث" الرَّهْنُ مَرْكُوبٌ وَمَحْلُوبٌ " [٥].

وعن أحمد بن حنبل أن اللبن فقط للمرتهن [٦/][٧].

قال في الغيث :" حجتنا على أنها رهن مضمون كأصلها[٨] أن الرهن حق مستقر في رقبة أصل الرهن فسرى إلى فوائده كالعتق والاستيلاد والكتابة، وحجة الناصر وش أن العقد لم يتناولها فلا يكون رهناً ولا يكون مضموناً إذ هو أمانة كأصلها [٩].

قلنا: تناول العقد أصلها فتبعته ولا نسلم كون الأصل أمانة لما سيأتي، وحجة القاسم والحنفية عدم تناول العقد لها فتبعت الأصل في الرهنية لا في الضمان إذ لم يحترز المرتهن ضمانها، وأما احتجاج القائل أن الفوائد للمرتهن بحديث الرهن مركوب ومحلوب فلا تصريح فيه بذلك بل معناه أنه يصح رهن هذا الجنس يدل على ذلك حديث " لاَ يَغْلَقُ الرَّهْنُ [بما فيه] [١٠] لصاحبه غنمه وعليه غرمه" ونحوه [١١]،وعن مالك يكون الولد رهناً لتبعية الأم في الحرية والرق ونحوهما بخلاف الثمرة إذ يجب فيها الزكاة لا في أصلها [١٢].

---

1 - الزيادة من (أ).

2 -الغيث المدرار ج٣(خ)و شرح الأزهار - (٣ / ٤٠٢).

3 - المرجع السابق و المبسوط للسرخسي (ج٢١/ص٩٧). و بدائع الصنائع (ج٦/ص١٥١).

4 - الزيادة من (ب).

5 - أخرجه البخاري في صحيحه -كِتَاب الرَّهْنِ -بَاب الرَّهْنُ مَرْكُوبٌ وَمَحْلُوبٌ -رقم٢٣٧٦ (ج٢/ص٨٨٨)و الدار قطني في سننه –كتاب البيوع -رقم ١٣٦ واللفظ له (ج٣/ص٣٤).

6 - نهاية ورقة ٣٧٣ من (ب).

7 - كشاف القناع (ج٣/ص٣٥).

8 - في (ب)"كأصله".

9 -الغيث المدرار ج٣(خ) .

10 - سقط من (ب).

11 - أخرجه الدار قطني في سننه -كتاب البيوع -رقم١٢٧ (ج٣/ص٣٣) و الحاكم في المستدرك على الصحيحين -كتاب البيوع -رقم٢٣١٧(ج٢/ص٥٩) و البيهقي في السنن الكبرى - كتاب الرهن - باب الرهن غير مضمون -رقم١١٠٠١ (ج٦/ص٣٩). وهو مرسل ينظر (مختصر إرواء الغليل - رقم١٤٠٦ (١ / ٢٧٥).

12 - التاج والإكليل (ج٥/ص٢١). و الكافي لابن عبد البر (ج١/ص٤١٥).

وقول المؤلف عليلم: " لا كسبه" يعني لا ما كسبه العبد المرهون من هبة ووصيةٍ وصيدٍ وركازٍ وَجِبَاء فإنه لا يصير رهناً ذكره أبو طالبٍ، ولا يحفظ فيه خلاف، والوجه أنه ليس من نفس الرهن ولا هو بدل منافعه فلذلك لم يتبعه في الرهنية .

قوله عليلم:" **وَمُؤنَتُهُ عَلَى الرَّاهِنِ**" أي مؤن[1] الرهن كلها يكون على الراهن من نفقة للعبد وعلف البهيمة وكذا أجرة من يرعاه ويحلبه ويقوم عليه وكذا إن كان نخيلاً، أو أرضاً كانت على الراهن أجرة من يقوم بسقيها وعمارتها وحمايتها وجذاذ ثمرها وحصد زرعها وغير ذلك، وكذلك موضع وقوفه بالليل وأجرة حارسه، وقال أبو طالب: أنهما على المرتهن[2]، وقال أبو حنيفة والشافعي مؤنة كلها على المرتهن إلا العلف فعلى الراهن،[3] وعن أبي حنيفة أنه إن كانت قيمة الرهن مثل الدين كانت المؤن على المرتهن وإن كان الدين مائة وقيمة الرهن مائتان فنصفان على الراهن والمرتهن [4].

قال في الغيث: ويرد على مذهبنا سؤال وهو [أن] [5] يقال الحفظ واجب على المرتهن وما لا يتم الواجب إلا به يكون واجباً كوجوبه فهلا وجب على المرتهن يعني مؤن الرهن.

قال والجواب من وجهين:

الأول: أن هذا ليس بمطرد فإن المستأجرة والمستعارة مؤنهما على المالك سواء ضمنها أم لا.

والثاني: الخبر، وهو قوله صلى الله عليه وآله:" لصاحبه غنمه وعليه غرمه[6] انتهى[7].

تنبيــــــهٌ: قال في التلخيص: حَدِيثُ لَا يُغْلَقُ الرَّهْنُ من رَاهِنِه له غُنْمُهُ وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ[8] [رواه ابن حِبَّانَ في صَحِيحِهِ وَالدَّارَ قُطْنِيّ وَالْحَاكِمُ وَالْبَيْهَقِيُّ من طَرِيقِ زِيَادِ بن سَعْدٍ [9]][عن

---

1 - في (ب)"مؤنة".
2 -شرح الأزهار - (٣ / ٤٠٣).
3 - روضة الطالبين (ج٤/ص٩٣). والحاوي الكبير (ج٦/ص٢١٢). و المبسوط للسرخسي (ج٢١/ص١٠٤). و فتاوى السغدي (ج٢/ص٦٠٦).
يكون .
4 -بدائع الصنائع (ج٦/ص١٥١).
5 -الزيادة من (ب).
6 -سبق تخريجه آنفا .
7 -الغيث المدرار ج٣(خ) .
8 -له غُنْمُهُ بضم أوله أي فوائده ونماؤه، وعليه غرمه بضم الغين المعجمة أي أداء ما يفك به الرهن ومن لا يرى الرهن مضموناً على المرتهن يفسره بأن عليه نفقته وضمانه إذا هلك في يد المرتهن كذا ذكره علماؤنا وقال الشافعي رحمه الله غنمه زيادته وغرمه هلاكه ونقصه. مرقاة المفاتيح (ج٦/ص٩٥).
9 -هو زياد بن سعد الخراساني، نزيل مكّة، كان عالماً بحديث الزهري، قال النسائي: ثقة ثبت. وروى له الجماعة، وتوفّي في حدود الخمسين ومائة . الوافي بالوفيات - (٤ / ٤٩٧).

الزُّهْرِيِّ] [١] عن سَعِيدِ بن الْمُسَيِّبِ عن أبي هُرَيْرَةَ مَرْفُوعًا لَا يُغْلَقُ الرَّهْنُ له غُنْمُهُ وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ،[٢] ثم ذكر روايات أخر قال في بعضها" لَا يُغْلَقُ الرَّهْنُ من صَاحِبِهِ الذي رَهَنَهُ له غُنْمُهُ وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ"[٣]][٤]، و في أخرى "لا يغلق الرهن الرهن لمن رهنه له غُنْمُهُ وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ"[٥] ثم قال وقوله " له غُنْمُهُ وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ " قِيلَ إنَّهَا مُدْرَجَةٌ من قَوْلِ ابن الْمُسَيِّبِ وحكى ذلك عن أبي وهب[٦] وأبي دَاوُد في الْمَرَاسِيلِ انتهى [٧].

يغلق بالغين المعجمة أي يهلك ويذهب .

قوله عليلم :" **وَالْمُرْتَهِنُ كَالشَّرِيكِ** " معناه أن حكم المرتهن مع الراهن حكم الشريك مع شريكه فإذا أنفق على الرهن في غيبة المالك أو لأجل إعساره أو تمرده أو بإذنه، رجع عليه بما أنفقه وإن لم يكن شيء من ذلك لم يرجع عليه هذا هو الصحيح للمذهب.

قيل ح : والغيبة هي المنقطعة، وقيل ثلاثة أيام [٨].

وفي اعتبار إذن الحاكم خلاف الأصح[٩/] يعتبر والله أعلم.

وإنما عدل عن قوله في الأزهار " فَإِنْ أَنْفَقَ الْمُرْتَهِنُ فَكَالشَّرِيكِ "[١٠] لأنه توهم أنه ليس كالشريك إلا في الإنفاق فقط، وليس كذلك بل هو مثله في غير الإنفاق أيضاً كالحفظ والحلب وغيرهما.

---

1 -سقط من المخطوط .

2 -أخرجه ابن حبان في صحيحه -كتاب الرهن -ذكر ما يحكم للراهن والمرتهن في الرهن إذا كان حيوانا -رقم٥٩٣٤ (ج١٣/ص٢٥٨). والدار قطني في سننه)-كتاب البيوع -رقم١٢٦(ج٣/ص٣٢). و البيهقي في السنن الكبرى -باب ما روي في غلق الرهن -رقم١١٠١٩. (ج٦/ص٤٤). والحاكم في المستدرك على الصحيحين – كتاب البيوع رقم٢٣١٥. وقال هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه (ج٢/ص٥٨).

3 -أخرجه البيهقي في السنن الكبرى - كتاب الرهن - باب ما جاء في زيادات الرهن - رقم١٠٩٩٢ (ج٦/ص٣٩). وهو مرسل ينظر (مختصر إرواء الغليل - رقم١٤٠٦(١ / ٢٧٥).

4 - سقط من (أ).

5 - أخرجه الحاكم في المستدرك على الصحيحين-كتاب البيوع -رقم٢٣١٨ (ج٢/ص٥٩)وهو مرسل . ينظر (التمهيد لابن عبد البر (ج٦/ص٤٣٠).

6 - هو محمد بن مزاحم أبو وهب وهو أخو سهل المروزي يقال موالي بني عامر مات سنة تسع ومائتين ومات سهل قبل المائتين سمع بن المبارك. التاريخ الكبير (ج١/ص٢٢٨) .

7 - التلخيص الحبير (ج٣/ص٣٦) .

8 - شرح الأزهار - (٣ / ٤٠٣).

9 - نهاية ورقة ٣٥٦ من (أ).

10 - الأزهار - (١ / ١٣٣).

"فَصْـــــلٌ"

[الرهن كالوديعة]

"**وَهُوَ كَالْوَدِيعَةِ غالباً** " أي والرهن مثل الوديعة في أنه لا يجوز للمرتهن الانتفاع به إلا بإذن الراهن ولا تأجيره و رهنه ولا أي تصرف وفي أنه لا يلزمه رده كالوديعة[١] وقوله" **وَلَوْ مُسْتَأْجَرًا أَوْ مُسْتَعَارًا لِذَلِكَ** " معناه ولو كان الرهن لغير الراهن وإن[٢] استأجره أو استعاره ليرهنه، فإنه كالوديعة مع المرتهن فيما تقدم.

وقوله "غالباً" احتراز من أحكام يخالف الوديعة فيها وهو أنه يجوز للمرتهن حبسه حتى يستوفي وإن كره الراهن إذاً لإمساك حق له وأنه مضمون عليه بأي أمرٍ تلف وأنه إذا أتلفه متلف كان للمرتهن المطالبة بعوضه فيكون رهناً معه، ويحترز مما إذا استعار العين أو استأجرها ليرهنها في قدر من جنس مخصوص فخالف من جنس ما أذن له أو في قدره أو نحو ذلك، فإنه يصير بذلك غاصباً فيضمن هو والمرتهن ضمان الغصب لا [ضمان] [٣] الرهن، ويكون إقرار الضمان على المرتهن إن علم أو جنى وإلا فعلى الراهن، وقال الإمام ح بل يكون قرار الضمان[٤] على المرتهن مطلقاً، [٥] لأنه دخل في الرهن على أنه ضامن بكل حال.

---

1 - في (أ)"كالوديع".

2 - في (ب)"وإنما".

3 - سقط من(أ).

4 - معنى قرار الضمان عليه أنه إذا طالبه المالك غرم ولم يرجع على أحد بما غرم وإذا طالب المالك غيره رجع عليه ذلك الغير بما دفع. شرح الأزهار - (٣ / ٥٤٤).

5 - البحر الزخار (١٠ / ١٩١) .

قيل ف: وإذا هزل الرهن فلعله على الخلاف كما في المغصوب، وإنما يكون الرهن مضموناً [على المرتهن] [١] إذا كان عقد الرهن صحيحاً لا إن كان فاسداً فهو غير مضمون إجماعا إذ لم يتناوله الدليل.

قوله عليلم: " **وضمانةُ ضَمَان الرَّهْنِ إنْ تَلِفَ والْجِنَايَةُ لهب فقط إنْ أَتْلَفَ** " يعني أن الرهن مضمون كله على المرتهن ضمان الرهن [إن تلف] [٢]بغير جناية منه ولو بآفة سماوية، وذلك بأوفر قيم الرهن من القبض إلى التلف.

أما كونه مضموناً في الجملة فهو قول زيد بن علي والقاسمية والحنفية وهو المروي عن علي عليلم وعمر

وابنه والبصري والشعبي وعطاء[٣]، واحتجوا لذلك بما روى أن رجلا رهن فرساً من آخر في دين له عليه فنفق الفرس أي مات في يد المرتهن فقال له النبي صلى الله عليه وآله ذهب حقك حكاه في الشفاء وغيره [٤].

وذهب الناصر والإمام ح والشافعي وأحمد إلا أنه أمانة وهو رواية عن علي عليلم فلا يضمنه المرتهن إذا أخذه لغرض نفسه كالرقبة المستأجرة [٥].

قلنا: لا قياس مع النص، قالوا قال صلى الله عليه وآله " لَا يُغْلَقُ الرَّهْنُ بِمَا فِيهِ "[٦].

قُلْنَا: أَيْ لَا يُمْلَكُ بِالدَّيْنِ هكذا في البحر[٧]، وأما كون الرهن مضموناً كله فذلك هو المذهب، وهو قول أحمد وإسحاق بمعنى[٨] أنه إذا كان في قيمته زيادة على الدين ضمنها المرتهن وإن[٩] كانت قيمته أقل من الدين طالب الراهن بالزائد، وعن عمر والثوري وأبي

---

1 - الزيادة من(ب).
2 - في(ب)" بأن يتلف "بدل ما بين المعقوفتين.
3 - الغيث المدرار ج٣(خ) و البحر الزخار (١٠ / ١٦٨) والبحر الرائق (ج٨/ص٢٧٧). و الحاوي الكبير (ج٦/ص٢٥٥).
4 - كتاب شفاء الأوام - (٣ / ٢٣) و ابن أبي شيبة في المصنف -في الرجل يرهن الرجل فيهلك -رقم٢٢٧٨٥(ج٤/ص٥٢٤). و البيهقي في السنن الصغرى -كتاب الرهن - باب الرهن غير مضمون- رقم٢٠٢٤ وقال فيه : رواه عطاء عن الحسن مرسلاً ومراسيل الحسن ضعيفة (ج٥/ص٢٧٨).
5 - الغيث المدرار ج٣(خ)و البحر الزخار - (١٠ / ١٦٨) و الأم (ج٣/ص١٦٧).و الحاوي الكبير (ج٦/ص٢٥٥). و الإنصاف للمرداوي (ج٥/ص١٥٩).
6 -أخرجه البيهقي في السنن الكبرى --كتاب الرهن -باب من قال الرهن مضمون -رقم١١٠٠٥ وقال فيه : قال أبو حازم تفرد به حسان بن إبراهيم الكرماني قال الشيخ وهو منقطع بين عمرو بن دينار وأبي هريرة (ج٦/ص٤٠).و أخرجه الدار قطني في سننه - كتاب البيوع -رقم١٢٣. وقال فيه حديث حميد عن أنس عن النبي صلى الله عليه وسلم قال الرهن بما فيه لا يثبت هذا عن حميد وكل من بينه وبين شيخنا ضعفاء(ج٣/ص٣٢).
7 - البحر الزخار - (١٠ / ١٦٨).
8 - نهاية ورقة ٣٧٤ من (ب).
9 - في(ب)"فإن ".

حنيفة وأصحابه أن الرهن مضمون بالأقل من القيمة أوالدين،[١] وعن البصري والشعبي [بل] [٢] بالدين قل أم كثر، وعن مالك إن هلك بأمر ظاهر كالموت والاحتراق فلا ضمان وبالأمر الخفي مضمون[٣].

لنا القياس على سائر المضمونات هكذا في البحر.

قال فيه: "وَمَنْ نَفَى ضَمَانَهُ نَفَاهُ، وَإِنْ شَرَطَ عِنْدَهُمْ كَالْوَدِيعَةِ." انتهى [٤].

وأما كونه مضموناً بأوفر القيم من القبض إلى التلف فهو المذهب على ما ذكره الأخوان[٥].

قال في الغيث: وظاهر كلام السيدين والهادي أن الزيادة مضمونة سواء كانت زيادة في السعر فقط من دون زيادة في [عين الرهن] [٦]أم لزيادة [في عينه] [٧]، وقال في التفريعات: زيادة السعر غير مضمونة.

فعلى هذا لا يلزم إلا قيمته يوم القبض إلا أن تكون زيادة قيمته لزيادة في جسمه فإنها تكون مضمونة لأن ذلك ليس لأجل السعر.

قيل ل: وهذا هو القياس، ويحمل كلام الهادي [عليلم] [٨] أنه يلزم قيمته يوم التلف على أنه قد زاد جسم الرهن، ومثل ذلك في تذكرة الفقيه س [٩]، وهو الذي في الأزهار لأنه جعل السعر غير مضمون كما سيأتي [١٠].

وقول المؤلف عليلم: " والْجِنَايَةُ لهب فقط إنْ أَتْلَفَ " أشار إلى ما جعله الإمام المهدي عليلم في الأزهار للمذهب من أن الرهن إذا تلف بجناية المرتهن لم يضمن إلا ضمان الجناية فقط، واستضعف المؤلف عليلم جعل ذلك للمذهب.

وقد ذكر النجري في شرحه على الأزهار ما معناه أنه سُئل الإمام المهدي عليلم عن كلام الحفيظ وتعليق الفقيه ع، وأحد كلامي التذكرة، وهو أن الراهن مخير إن شاء ضمن

---

1 - البحر الرائق ج٦/ص١٣.
2 - الزيادة من(ب).
3 - التاج والإكليل (ج٥/ص٢٦).
4 -البحر الزخار - (١٠ / ١٦٨) .
5 - شرح الأزهار - (٣ / ٤٠٥).
6 - في(ب)" العين المرهونة " بدل ما بين المعقوفتين.
7 - الزيادة من(ب).
8 - الزيادة من(ب).
9 - التذكرة الفاخرة (ص ٤٦٣).
10 - الغيث المدرار ج٣(خ).

المرتهن ضمان الرهن، أو ضمان الجناية فقال بل المذهب ما في الأزهار، يعني أنه لا يستحق إلا أرش الجناية [١].

قال المؤلف [عليلم] [٢] والصحيح ما ذكره في الحفيظ وتعليق الفقيه ع وهو المذكور في شروح التذكرة من أنه يخير [٣] كما مر.

قال: ولا وجه لما ذكره الإمام للمذهب لأنه[٤] إذا وجب الأغلظ مع وقوع الجناية على الرهن من غير المرتهن، فأولى أن يجب مع وقوع الجناية عليه منه هذا معنى ما نقل عن المؤلف عليلم.

قوله عليلم: "**ويفترقان بالستة** " يعني أن ضمان الرهن وضمان الجناية يفترقان من وجوه ستة:

أولها: أن ضمان الجناية مجمع عليه وضمان الرهن مختلف فيه .

وثانيها: أن الخطأ في الجناية على العاقلة بخلاف الرهن.

وثالثها: أن ضمان الجناية لا يتجاوز به دية الحر بخلاف ضمان الرهن.

ورابعها: أن ضمان الجناية يضمن بها نقصان قيمة الإكليل إذا انشدخ وإن لم ينقص وزنه بخلا ف الرهن .

وخامسها: أن ضمان الجناية يكون بالقيمة يوم الجناية بخلاف الرهن فيضمن بأوفر القيم كما تقدم.

وسادسها: أن ضمان الجناية مقدر بخلاف ضمان الرهن.

قال في الشرح: وإنما عدل المؤلف عليلم عن عبارة الأزهار تنبيهاً على الوجوه التي يخالف بها ضمان الرهن ضمان الجناية، ولأنه يدخل في غالباً ما لم يدخل في عبارة الأزهار انتهى [٥].

تنبيـــــهٌ: قد اختلف كلام أهل المذهب في كيفية ضمان المستأجر، أو المستعير ليرهن حيث لم يكن فيه مخالفة ففي كلام السيدين ما يدل على أنه ضامن للعين من يوم قبضها فلو

---

1 -شرح النجري على الأزهار (خ) .
2 - الزيادة من(ب).
3 - في(ب)"مخير".
4 - في(ب)"لا".
5 - الجامع في الشرح (خ) .

تلفت قبل الرهن أو بعد الفك وقبل الرد إلى المالك ضمنها وفي كلام [آخر] [١] لأبي طالب ما يدل على أنه لا يضمن من قيمة العين إلا مقدار دينه، لأنه في التحقيق كأنه ضمن منها مقدار دينه، وفي شرح القاضي زيد عنهما ما يدل على أنه لا يضمن إلا إذا اسقطت العين المرهونة شيئاً من دينه أو انتفع بشيء من قيمتها، فلو تلفت قبل الرهن أو بعد الفك لم يضمن شيئاً، وهذا القول قواه الفقيهان وحكي عن السيد ح، وذكره في التفريعات والكافي للهادي [٢/] [عليلم] [٣]والقاسم [عليلم][٤] وحكاه في الشرح عن أبي حنيفة وأصحابه [٥].

ولهذا الاختلاف فوائد منها :

أنه إذا تلف قبل الرهن أو بعد الفك ضمن جميع قيمته على القول الأول وقدر دينه فقط على القول الثاني، ولا يضمن شيئاً على القول الثالث، ومنها [أنه إذا أقر] [٦]المرتهن أو[٧] تعذرت مطالبته فإن المستعير يضمن جميع القيمة على القول الأول، وقدر الدين على القول الثاني، ولا شيء على القول الثالث، ومنها أنها إذا تعيب في يد المستعير ضمن أرشه على القول الأول لا على القولين الأخيرين هذا حاصل ما ذكره في الغيث باختصار.

قال فيه: وإذا تعذر من المستعير فك الرهن كان للمعير أن يستفكه ويرجع على المستعير، ذكره في التفريعات قال لأنه كالمأذون من جهة الحاكم انتهى [٨].

قوله عليلم:" **وَفِي نُقْصَانِه بِغَيْرِ السِّعْرِ يَسِيرًا الْأَرْشُ هب غَالِبًا** " فإذا نقص الرهن في يد المرتهن بغير السعر نحو أن ينقص بجناية جان أو بآفة سماوية أو نحو ذلك وكان ذلك النقصان يسيراً وهو النصف فما دون فإنه يلزم المرتهن أرشه.

مثال ذلك: أن يرهنه ثوباً قيمته ثلاثون درهماً فقرضته الفأرة أو نحو ذلك حتى صارت قيمته عشرين درهماً فإن المرتهن يضمن عشرة دراهم ونحو ذلك.

وقوله: "غالباً" احتراز من صورة لا يضمن فيها الأرش ونحو ذلك نحو أن يكون الرهن إكليل فضة فانشدخ من دون جناية ولا انتقاص في وزنه ولا انكسار [شيء] [٩] من جوهره، وهو مرهون في جنسه فإن المرتهن لا يضمن الأرش هاهنا لأنه يكون ربا من حيث أنه

---

1 - **الزيادة من(أ).**
2 - **نهاية ورقة ٣٥٧ من (أ).**
3 - **الزيادة من(ب).**
4 - **الزيادة من(ب).**
5 - **الجامع في الشرح (خ). والتفريعات (خ). والكافي شرح الوافي(خ) .**
6 - **الزيادة من(ب)" إذا فر " بدل مابين المعقوفتين.**
7 - **في(ب)"و".**
8 - **-الغيث المدرار ج٣(خ).**
9 - **الزيادة من(ب).**

دين معاملة لا دين جناية فإن نقص بجناية، أو انتقص وزنه أو كان مرهوناً في غير جنسه، أو كان فيه جواهر فانكسرت ولو بغير جناية فإن المرتهن يضمن الأرش في ذلك كله هذا معنى ما ذكره السادة للمذهب وهو الذي في الأزهار وبه قال أبو حنيفة واستضعفه المؤلف، واختار في ذلك ما ذكره الفقيه ع كما سيأتي [١].

وقوله عليلم: " **وكَثِيرًا التَّخْيِيرُ** "يعني وإن كان النقصان كثيراً وهو ما فوق النصف خير المالك بين يأخذ الرهن مع الأرش وبين أن يأخذ قيمته، وهذا قول الهادي عليلم، وعلى قول م بالله ليس له الأرش في اليسير و[٢] الكثير، وأما إذا كان النقصان من جملة[٣] السعر فقط من دون نقصان في العين فلا يلزم لذلك أرش لأن السعر غير مضمون، وهذا مبني على قول التفريعات والفقيهين [ل س] [٤] [/٥] وظاهر قول الهادي عليلم والأخوين خلافه [٦].

قوله عليلم: " **ويُسَاقِطُ الدَّيْنَ إلَّا لِمَانِعٍ** " فما لزم المرتهن من الأرش المذكور سقط عن الراهن من الدين الذي عليه بقدر ذلك الأرش إلا أن يمنع من المساقطة مانع وذلك بأن يكون الأرش من غير جنس الدين فإنه لا يساقط لأجل اختلاف جنس الدينين فلو رهن إكليل فضة في دراهم فانشدخ ونقص وزنه أو لم ينقص لكنه انشدخ بجناية، فإنه هاهنا يضمن الأرش، ولا يساقط الدين لأن ارش الفضة يقدر بالذهب فيكون من غير جنس الدراهم فلا يساقطها بل المرتهن يطالب الراهن بالدراهم [الدين] [٧]، والراهن يطالبه بقدر الأرش من الذهب، وذلك لأن الذهب والفضة ثمنان لكل الأشياء وكل واحد منهما ثمن للآخر، فيقوم به إذ لا يقوم الشيء بنفسه ولا يقال، أما حيث نقص وزنه، فالقياس أن يسقط من الدين بقدر ذلك النقصان من غير تقويم بالذهب لأنا نقول إذ[٨] لا فرق إذ من شرط التساقط اتفاق الدينين في الجنس والصفة وهنا لم يتفقا، لأن الدين دراهم مضروبة فلا يسقط منها شيء بقدر النقصان إلا بالتراضي.

نعـــــم: وما ذكره السادة للمذهب في مسألة غالباً من أن المرتهن لا يضمن الأرش إذ يكون ربا .

---

1 - الأزهار - (١ / ١٣٤). والغيث المدرار ج٣(خ). وشرح الأزهار - (٣ / ٤٠٥) .
2 - في(ب)"أو".
3 - في(ب) "جهة".
4 - سقط من(أ).
5 - نهاية ورقة ٣٧٥ من (ب).
6 - الغيث المدرار ج٣(خ).
7 - الزيادة من(أ).
8 - في(ب)"و".

قيل [ع] [١]: فيه نظر، والقياس أنه يضمن لأن الضمان ليس من عقود الربا وهذا هو اختيار المؤلف عليلم كما تقدمت الإشارة إليه، و [٢] في الغيث والزهور وتعليق الدواري ما يؤيد ذلك [٣].

قوله عليلم:" **وعَلَى مُسْتَعْمَلِهِ الْأُجْرَةُ غالباً ويكون رهناً إن لم يساقط** " فإذا استعمل الراهن الرهن بغير إذن المرتهن أو المرتهن بغير إذن الراهن لزمت الأجرة في الصورتين كلتيهما.

وقوله: "غالباً" احتراز من أن يستعمله المرتهن بإذن الراهن لا لأجل الأنظار بالدين فإن الأجرة لا تلزمه، فأما لأجل الإنظار فيلزم مع الإثم ويحترز أيضاً من أن يستعمله الراهن بإذن المرتهن وذلك واضح، وحيث يلزم الأجرة أحدهما يكون رهناً مع المرتهن فيسلمها إليه الراهن حيث لزمنه، و حيث لزمت المرتهن يقبضها الراهن منه ثم يعيدها إليه ليكون رهناً مع الأصل، أو يقبضها المرتهن من نفسه لذلك، وهذا حيث لم يساقط شيئاً من الدين وذلك بأن يلزم المرتهن و[٤] يكون من جنس دينه فإنه يسقط من دينه بقدرها فإن كانت مثل قدر الدين سقط جميعه وارتفعت الرهنية، وإن كانت دونه بقي رهناً في بقية الدين وهذا هو المصحح للمذهب، وقال أبو طالب لا تصير الأجرة رهناً حيث لزمت المرتهن وحكاه عن المنتخب [٥].

وقال الشافعي والإمام ح: للراهن استخدام الرهن وركوبه وتأجيره ويأوي بالليل إلى المرتهن أو إلى العدل [٦].

قال في الانتصار: وللراهن أن ينزي على الفرس إن كان أنثى وإن كان ذكراً أنزى به إذ لا ضرر على المرتهن، وكذلك الفصد والحجامة وختان الرهن، إذا أمن عليه من الختان، وله الانتجاع بالإبل إن كان الموضع حديثاً، ويوكل المرتهن من يقبضها بالليل فإن لم ينجع[٧] بها الراهن فللمرتهن الانتجاع بها، ويوكل الراهن من يقبض اللبن والصوف، ولو اختلفا في موضع الانتجاع قدم قول الراهن لأنه المالك [٨].

---

1 - سقط من(ب).
2 - في(ب)"قال ".
3 - الغيث المدرار ج٣(خ). والزهور المشرقة (خ). وتعليق الدواري على اللمع(خ) .
4 - في(ب)"أو".
5 -الغيث المدرار ج٣(خ) .
6 - المرجع السابق و الأم (ج٣/ص١٦٣).
7 - في(ب)"ينتجع".
8 -الانتصار على علماء الأمصار ج٦ (خ).

قال في الغيث: قلت وكلام الإمام ح مبني على كلام ش [انتهى] [١][٢].

قوله عليلم :" **و تَصَرُّفات المالك فيه موقوفة غالباً** " فما فعله الراهن في الرهن من بيع أو هبة، أو إجازة، أو مكاتبة، أو عتق، أو غير ذلك، فإنه يكون موقوفاً على إجازة المرتهن، أو انفكاك الرهن.

وقوله: "غالباً" قال في الشرح: احتراز من صورتين فإن تصرف الراهن فيهما لا يكون موقوفاً بل يكون نافذاً.

الأولى: حيث أعتق الراهن العبد المرهون وكان في قيمة العبد زيادة على الدين العبد يعتق ثم إن كان مولاه موسراً لزمه تسليم الدين الحال، فإن كان مؤجلاً أبدل رهناً مكانه.

قيل ع مد: في [وجوب] [٣] إبدال الرهن نظر، لأنه لا يجب عليه تعجيل قضاء المؤجل فهو متبرع بالرهن فيه وقد[٤/] بطل اللهم إلا أن يكون الدين مشروطاً بالرهن من أصله كان شرط في البيع أن يرهنه عن الثمن، وقيل: [بل] [٥] يجب إبداله لأنه قد لزم بالدخول فيه وإن لم يكن الراهن موسراً، فإن كان معسراً نجم عليه الدين وبقي العبد محبوساً حتى يوفيه، وإن كان مفلساً استسعى العبد، وأما إذا لم يكن في قيمته زيادة كان عتقه موقوفاً على الأداء، فإن كان مولاه موسراً لزمه أن يستبدّ به ويسلم الدين الحال، ويبدل الرهن في المؤجل وإن كان معسراً[٦].

قيل ع: فلا نص فيه لكن لا يبعد أن يقال فيه كما قيل في القسم الأول أن سيده ينجم عليه، ويبقى العبد محبوساً ومع الإفلاس يسعى العبد ليحصل الوفاء بعتقه ويفكه من الرهن وهذا القول ذكره أبو طالب، وهو الذي رجحه المتأخرون للمذهب واختاره المؤلف عليلم [٧].

وقال الناصر: أنه لا يعتق بكل حال، وقال المؤيد و ح: أن الراهن إذا أعتق العبد المرهون عتق في الحال، ولم يصح نقضه سواء كان الراهن موسراً أم معسراً [٨].

قال المؤيد: لكن مع الإيسار يجبر على تسليم الدين، ومع الإعسار يسعى العبد [٩].

---

1 - الزيادة من(ب).
2 - الغيث المدرار ج٣(خ).
3 - سقط من(أ).
4 - نهاية ورقة ٣٥٨ من (أ).
5 - الزيادة من(أ).
6 - شرح الأزهار - (٣ / ٤٠٨).
7 - المرجع السابق.
8 - البيان لابن مظفر (٣٤٣/٣).
9 -المرجع السابق.

الصورة الثانية:حيث وطئ الراهن الأمة المرهونة وأتت بولد وهي في يد المرتهن فادعاه الراهن فإنها تصير أم ولد له ويثبت لها [أحكام ثمانية] (١) :

الأول: أنه يثبت نسب الولد .

الثاني: أنه يثبت استيلادها.

الثالث: أن الرهن يبطل.

الرابع: أن الموسر يلزمه تسليم الدين إن كان حالاً أو رهناً بقدر قيمتها إن كان مؤجلاً.

الخامس: أنه إن كان معسراً وجب عليها أن تسعى في الدين بالغاً ما بلغ ذكره المؤيد وظاهر قول ط أنها لا تسعى إلا في قيمتها فقط.

السادس: أنه لا يلزم الولد سعاية إن أقر به وهي حامل وإن أقر به بعد الولادة سعى في حصته وهي الأقل من قيمته أو حصته من الدين .

قال في الكافي: فإن مات الولد قبل أن يسعى سعت الأم في جميع الدين وكان الولد لم يكن (٢).

السابع: أنها لا ترجع على سيدها بما سعت لأن كسبها له ولولدها أن يرجع على أبيه.

الثامن: أن يقوم الولد حال الدعوة والأم حال العقد لمعرفة حصة[٣/] كل منهما من الدين مثل قيمتهما أو أقل فذلك ظاهر، وإن كان أكثر ففائدة التقويم أن يعرف كم على الولد، والباقي على الأم قل أم كثر عند م بالله لا عند ط فيقسط عليهما على قدر قيمتهما (٤).

وحذف المؤلف [عليلم] (٥) قوله في الأزهار " فَإِنْ فَعَلَ نَقَضَ كَالنِّكَاحِ "(٦) لفهم ذلك من قوله" وتصرفات المالك موقوفة" إذ ذلك من أحكام الموقوف .

قال في الغيث: ونقضها يصح أن يكون من جهة المالك، ومن جهة القابل كالمشتري والمتزوج، وذلك لأن العقد الموقوف يصح من كل من المتعاقدين فسخه قبل انبرامه ويصح أن يكون النقض من جهة المرتهن بأن يفسخ عقد الراهن إذا كان فسخه قبل سقوط الدين

---

1 - في(ب)"ثمانية أحكام" بدل مابين المعقوفتين.
2 - الكافي في شرح الوافي(خ) .
3 - نهاية ورقة ٣٧٦ من (ب).
4 - الجامع في الشرح (خ).
5 - الزيادة من(أ).
6 - الأزهار - (١ / ١٣٤).

بوجه من الوجوه، فأما إذا لم يفسخ حتى سقط الدين لم يصح فسخه بعد ذلك منه ولا من المتعاقدين لأنه قد انبرم [١].

"**فَصْـــــلٌ**"

[التسليط هو التوكيل]

" **ويصح التَّسْلِيطُ ولو للمرتهن** "التسليط هو التوكيل فإذا رهن شخص شخصاً شيئاً، وقال قد سلطتك على بيعه في وقت كذا فباعه المرتهن في ذلك الوقت جاز بيعه هذا مذهبنا، وعند الشافعي أن تسليط المرتهن لا يصح، وله في بطلان الرهن بتسليطه قولان، وإنما لم يصح تسليطه عنده لأن المرتهن منهم، فلو باع بحضرة المالك صح هكذا ذكره ض زيد، فأما تسليط العدل فيصح اتفاقاً [٢].

قوله عليلم: " **فإن لَمْ يَنْعَزِلْ إلَّا بِالْوَفَاءِ غالباً** " أي فإن قارن التسليط عقد الرهن لم ينعزل المسلط عن التسليط إلا بإيفاء الدين لأنه بالمقارنة صار من حقوق العقد فلا يصح عزله باللفظ، ولا بالموت، وسواء كان المسلط هو العدل أم المرتهن، وعن الناصر و م بالله ورواته عن القاسمية أنه يصح من الراهن العزل بكل حال، ولو قارن التسليط العقد [٣].

فأما إذا مات الراهن فقال في الكافي لا خلاف بين أصحابنا والحنفية أن التسليط للعدل لا يبطل بموت الراهن والمرتهن لأنه ليس بوكالة مجرده بل وكيل وأجير[٤]، وأما إذا مات العدل فليس لورثته البيع، وعنه احترز المؤلف عليلم بقوله غالباً، واحترز أيضاً مما إذا

---

1 -**الغيث المدرار ج٣(خ)** .
2 - **الجامع في الشرح (خ) وشرح الأزهار - (٣ / ٤١١)**.
3 -**البحر الزخار - (١٠ / ٢٢١)** .
4 -**الكافي في شرح الوافي(خ)** .

عزل المرتهن نفسه في وجه الراهن أو عزله الراهن، وقبل العزل فإنه ينعزل بذلك وهذا زيادة من المؤلف عليلم.

قال في الشرح: وإنما حذف قوله في الأزهار " وَإِلَّا صَحَّ وبِالْمَوْتِ أَوْ اللَّفْظِ "[1] لأنه قد دخل معنى ذلك في مفهوم قوله" لَمْ يَنْعَزِلْ إلَّا بِالْوَفَاءِ " وذلك لأنه إذا لم يقارن لم يكن من حقوق العقد بل يكون وكالة محضة فصح العزل بهما، وحذف [أيضاً] [2] قوله في الأزهار " وَإِيفَاءِ الْبَعْضَ أَمَارَةً "[3] لأن هذا اللفظ محتمل والمعنى أن الراهن إذا سلم إلى المرتهن بعض الدين كان ذلك إمارة لعزله عن التسليط، ولا يكون عزلا حقيقياً، ولذلك يصح البيع مع كراهة ضد الاستحباب.

قال في الشرح: وهذا المعنى غير محتاج إليه، وأيضاً فإنه توهم رجوع ذلك إلى التسليط المقارن وغيره وليس كذلك بل هو راجع إلى التسليط غير المقارن انتهى [4].

وعن ابن أبي الفوارس وأبي جعفر أن إيفاء البعض نقض للتسليط، وهو ظاهر كلام الهادي عليلم [5].

وفائدة الخلاف تظهر لو باعه المرتهن بعد إيفاء البعض فعلى القول الأول وهو للسيدين يصح بيعه، وإن كره كما تقدم وعلى كلام الشيخين لا يصح البيع.

تنبيـــــهٌ: قيل أنه يأتي هذا الخلاف أيضاً فيمن باع بخيار مدة معلومة وقبض الثمن، وشرط أن لا خيار إلا بأداء [مثل] [6] الثمن ثم رد بعضه وقبضه المشتري فإنه يكون على الخلاف والله أعلم.

"**وَيَدُ الْعَدْلِ يَد الْمُرْتَهِنِ غَالِبًا** "يعني أنه إذا أتفق الراهن والمرتهن على أن يكون الرهن في يد عدل جاز ذلك، وهو قول ح والشافعي، وقال ابن أبي ليلى لا يجوز [7].

حجتنا أن العدل لما قام مقام المشتري في قبض المبيع جاز أن يقوم مقام المرتهن في قبض الرهن، وإذا جاز ذلك كانت يد العدل يد المرتهن في أنه إذا تلف كان في ضمان المرتهن، وفي أنه إذا قبضه العدل كان كقبض المرتهن في صحة الرهن بذلك، وفي أن قبضه لثمنه كقبض المرتهن .

---

1 - الأزهار - (١ / ١٣٤).
2 - الزيادة من(أ).
3 - الأزهار - (١ / ١٣٤).
4 - الجامع في الشرح (خ) .
5 -الغيث المدرار ج٣(خ) .
6 - الزيادة من(أ).
7 - الأم (ج٧/ص١١٧). و الأم (ج٣/ص١٤٢). و الحاوي الكبير (ج٦/ص٣٩). و البحر الرائق (ج٨/ص٢٩٠).

وقوله: "غالباً" احتراز من صورة يخالف فيها يد العدل يد المرتهن وذلك أنه لا يسلم الرهن إلى أحدهما إلا برضا الآخر.

قوله عليلم " **وإِذَا بَاعَهُ المسلط أو نحوه ولو لِلْإِيفَاءِ فهو إلى تسليمه أو عوضه مَضْمُونٌ لا رهن غَالِبًا** "أراد بالمسلط المرتهن أو للراهن.راد بنحوه الراهن بإذن المرتهن، أو المنادي بإذنهما أو الحاكم [١/] لتمرد الراهن أو غيبته فإذا باعه أحد هؤلاء المذكورين ليكون ثمنه رهناً أو ليقضيه[٢] المرتهن، أو لينتفع به الراهن، أو لم يذكر ما يكون ثمنه فإن الرهن في جميع هذه الوجوه لا يخرج بالبيع عن ضمان المرتهن حتى يقبضه المشتري فمتى قبضه خرج عن الضمان، وكذلك عوض الرهن وهو ثمنه يكون مضموناً على المرتهن سواء كان قد قبضه[من] [٣] المشتري أم لا، ولذلك لم يحتج إلى أن يقول من يسلمه فهو[٤] له، أو عوضه معطوف على الضمير في قوله "فهؤلاء" على لفظ تسليمه إذ لا معني لعطفه عليه هذا معنى ما ذكره في الشرح [٥].

ثم قال: واعلم أن ضمان الرهن وعوضه لا يجتمعان على التحقيق بل يكون الضمان على جهة البدل فيكون ضمان الرهن عليه للمشتري وضمان الثمن عليه للراهن .

وقوله "لا رهن" يعني أن العين المرهونة بعد بيعها لا يكون رهناً بل قد خرجت عن الرهنية، وذلك لأن بايعها قد أوجب فيها حقاً[٦] مستحقاً للغير بإذن الراهن وسواء باعه ليكون الثمن رهناً أو ليقبضه المرتهن أو لينتفع به الراهن أو غير ذلك .

قال في الشرح: "وقوله غالباً" احتراز من صورة فإنه يخرج فيها عن الضمان فقط لا عن الرهنية أو عنهما معاً فلفظه "غالباً" راجعه إلى الرهن وعوضه، وإلى قوله "مضمون" وإلى قوله "لا رهن" فيحترز من أن يكون البيع لينتفع الراهن بالثمن فإنه يخرج هو وعوضه عن الضمان، سواء كان البائع له هو الراهن أم المرتهن أم الحاكم، أم العدل أم المنادي، وسواء كان في يد الراهن أم المرتهن أم غيرهما، ذكره المؤيد وابن أبي الفوارس، والقاضي زيد.

وقال أبو طالب: أنه إذا كان في يد المرتهن لم يخرج عن الضمان، فهاهنا خرج عن الرهنية [٧/] والضمان، والاستثناء في ذلك، راجع إلى الضمان في الرهن وعوضه.

---

1 - نهاية ورقة ٣٥٩ من(أ).
2 - ف(ب)"ليقبضه".
3 - الزيادة من(ب).
4 - في(ب)"فقوله".
5 - الجامع في الشرح (خ) .
6 - في(ب)"قبضاً".
7 - نهاية ورقة ٣٧٧ من (ب).

ويحترز من أن يكون الرهن في يد الراهن، فإنه غير مضمون على المرتهن، سواء صار إلى الراهن أمانة أم غيرها، وسواء باعه هو أم المرتهن أم غيرهما في أنه يخرج عن الضمان كما سيأتي، وكذا عوضه، ثم قال ويحترز أيضاً من بعض الصور، فإن عوض الرهن يكون رهناً، وذلك نحو أن يباع ليكون ثمنه رهناً فإنه متى قبض المرتهن صار رهناً مضموناً، وأما قبل قبضه فلا يكون رهناً لأن من شرطه القبض، ويحترز أيضاً من أن يباع الرهن للإيفاء ولم يحصل من الراهن لفظ بالقضاء، فإنه إذا قبض المرتهن الثمن كان رهناً لا قضاء إذ لا بد من اللفظ [في القضاء] [١] من الراهن أو الأمر للمرتهن، يعني أنه لا بد في مصير ثمن الرهن قضاء من أن يقبضه الراهن المرتهن بعد حصوله، أو يقول للمرتهن قد أمرتك أن تبيع الرهن ثم تقبض ثمنه.

قال: هكذا استحسن المؤلف عليلم هذا التفصيل المذكور في هذه المسألة، وعدل عن عبارة الأزهار فيها لأنها توهم أن ثمنه بعد البيع للوفاء يكون وفاء، سواء كان قد قبضه المرتهن أم لا، وسواء حصل الاقتضاء أم لا، ويوهم أيضاً أن الثمن يكون رهناً مطلقاً سواء [حصل] [٢] قبضه أم لا وليس كذلك .

وأما قوله في الأزهار "غالباً"[٣] وفسرها في الغيث بما لو باع المرتهن الرهن وفر المشتري والمبيع باق في يد المرتهن، فإنه يخرج عن الرهنية والضمان،[٤] فلا يستقيم تفسيره بذلك لأن الفرار لا تأثير له في ثبوت الضمان وعدمه، ولا في ثبوت الرهن قد خرج عن الرهنية بمجرد البيع مطلقاً، وأما الضمان فإن فر المشتري بالمبيع قبل أن يوفر الثمن فإنه إذا باعه المرتهن ليكون ثمنه للإيفاء أو للرهن أو[٥] لم يذكر حكمه كان الثمن مضموناً عليه للراهن، والرهن قد خرج عن الضمان، وإن باعه لينتفع الراهن بالثمن وسلمه المرتهن إلى مشتريه قبل أن يقبض الثمن منه بإذن الراهن أولا، وكانت العادة جارية بتسليم المبيع قبل قبض الثمن إلى مثل هذا المشتري، أو كان الراهن هو البائع له و[٦] كان بتسليم المرتهن له بإذن الراهن فلا ضمان عليه في ذلك وأما حيث فر المشتري قبل قبضه للمبيع فإن الحاكم يقبضه عن المشتري ويبيعه ويكون الثمن لما بيع له كما تقدم .

---

1 - في(ب)"بالقضاء".
2 - الزيادة من(ب).
3 - الأزهار - (١ / ١٣٤).
4 - الغيث المدرار ج٣(خ) .
5 - في(ب)"أم".
6 - في(ب)"أو".

وأما حيث لم يفر المشتري، فإن الحاكم يجبره على تسليم[١] الثمن ويكون المرتهن ضامناً للمبيع للمشتري حيث هو في يده حتى يسلمه له أو ضامناً للثمن للراهن حيث البائع له المرتهن لا لينتفع الراهن.

واعلم أنه حيث باع المرتهن الرهن بإذن الراهن لأي تلك الوجوه فإن باعه بقدر القيمة أو أكثر، أو بما عيّنه الراهن صح البيع وكان الكلام كما تقدم.

وإن باعه بدون قيمته بغير رضا الراهن خير الراهن بين الرضا والفسخ، فإن تعذر الرجوع في المبيع ضمن المرتهن القيمة هذا هو المراد من عبارة الأثمار، ولا يصح التفسير بخلاف هذا التفصيل، ولا يستقيم ما ذكره في الغيث في تفسير غالباً لأن الضمان مع القرار أكد منه مع عدم القرار لأن المؤثر في ضمان العوض هو التعذر كما تقدم ذكر معنى هذا المؤلف عليلم و[٢]هو المفهوم من عبارات أهل المذهب انتهى [٣].

ثم ذكر الشارح عقيب هذا ما قد فهم معناه مما سبق وحمل عبارة الأزهار على خلاف ما في الغيث والله أعلم .

وفي البحر ما لفظه: " مَسْأَلَةٌ " المذهب وأبو حنيفة وأصحابه فَلَوْ بَاعَهُ الْعَدْلُ أَوْ الْمُرْتَهِنُ ثُمَّ فَرَّ الْمُشْتَرِي قَبْلَ الْإِيفَاءِ لَمْ يَضْمَنْهُ الْمُرْتَهِنُ، إذْ أَوْجَبَ فِيهِ حَقًّا لِلْغَيْرِ بِإِذْنِ الرَّاهِنِ، فَكَانَ[٤] كَخُرُوجِهِ مِنْ قَبْضِهِ لِتَعَذُّرِ بَدَلِهِ بِالْفِرَارِ "[٥] انتهى.

وهو شبيه بما ذكره في الغيث في تفسير غالباً.

فائـــدة: لكل من الراهن والمرتهن عزل العدل لكن لا يسلم الرهن إلى أحدهما إلا بإذن الآخر وله الرد إليهما معاً، وإن كرها إذ هو أمينٌ فلا يلزمه بقاؤه فإن امتنعا أجبرهما الحاكم فإن رده إلى الحاكم قبل امتناعهما ضمن هو والحاكم إذ لا ولاية له حينئذ وكذا لو أودعه فإن امتنعا ولا حاكم فله تركه عند عدل إذ هو معذور، وكذا إن غابا فللعدل إيداعه للعذر من سفر، أو خوفٍ، وللحاكم حينئذ نصب عدل آخر لولايته، وإن تركاه عند عدلين لم يكن لأحدهما تفويض الآخر في جميعه إذ لم يرضيا إلا بأمانتهما جميعا كالوصيين المشروط اجتماعهما فلا يضعانه إلا حيث اليد لهما .

قال الإمام ح: وَيُحْتَمَلُ الْجَوَازُ لِلْمَشَقَّةِ [١].

---

1 - في(ب)"تسليمه".

2 - في(ب)"إذ".

3 -الجامع في الشرح (خ).

4 - في (ب) "فكأنه".

5 - البحر الزخار (١٠ / ٢٢٧).

قلت: يعني ما لم يشرطا اجتماعهما [كالوصيين] [٢] والقول للعدل في إعادة الرهن إليهما أو إلى أحدهما حيث كان قد أذن [له] [٣] الآخر بذلك وكذا في تسليم[٤] الثمن إلى المرتهن كل ذلك حيث هو أمين لا حيث هو أجير فيبيّن.

مسألة:" وَإِذَا اُسْتُحِقَّ فِي يَدِ الْعَدْلِ[٥] رَجَعَ بِمَا لَزِمَهُ عَلَى الرَّاهِنِ، إذْ انْكَشَفَ بُطْلَانُ الرَّهْنِ ذكر[ذلك] [٦]

في البحر والزهور [٧].

والتحقيق في هذه المسألة الأخيرة أن الرهن إذا استحق من يد العدل بالبينة، والحكم بطل الرهن فإن كان تلفه أو بيعه ضمنه ورجع على الراهن لأنه الغار له لا على المرتهن إن لم يعلم بغصبه، فإن علم رجع العدل على الذي سلم إليه الرهن لأن قرار الضمان يكون عليه.

مسألة:" وإذا قال الراهن للمرتهن إن جئتك بدينك إلى وقت كذا وإلا فالرهن لك أو فقد وهبته لك لم يصح ذلك لأنه تمليك معلق على شرط، فإن قال وإلا فقد نذرت به عليك [صح][٨]على الأصح.

---

1 - البحر الزخار - (١٠ / ٢٢٣).
2 - في (ب)" كما في كالوصيين " بدل مابين المعقوفتين.
3 - الزيادة من (ب).
4 - في(ب) "تسليمه"
5 - نهاية ورقة ٣٦١ من (أ).
6 - في (ب)" معنى ذلك كله" بدل مابين المعقوفتين.
7 - البحر الزخار - (١٠ / ٢٢٧) والزهور (خ) .
8 - الزيادة من (أ).

"فَصْـــــلٌ"

[في حكم جناية الرهن]

" **والجناية من الرهن على الراهن غالباً** "فإذا جنى الرهن على نفس أو مال، وهو في يد المرتهن كان أرش تلك الجناية على الراهن عندنا، وهو قول ش[1] لحديث"له غنمه وعليه غرمه" وقد تقدم [2]

وقال أبو حنيفة: بل على المرتهن كما يكون أرش جناية المغصوب على الغاصب لئلا يرد الرهن ناقصاً [3].

وقوله "غالباً" يحترز من صورتين إحداهما[4/] أن يكون الرهن عقوراً وفرط المرتهن في حفظه حيث يجب فإنه يضمن أرش جنايته .

الصورة الثانية: حيث تكون الجناية مما يهدر في حكم الشرع كما سيأتي

فإنه لا يضمنها[5] الراهن ولا المرتهن، وذلك حيث يكون الرهن غير عقور، أو لم يفرط في حفظه أو كان عبداً وجنى على سيده أو على عبدٍ لسيده مالا قصاص فيه أو على سيده فإن هذه الجنايات كلها تهدر كما لو وقعت وهو في يد مالكه .

---

1 - الأم (ج٣/ص١٩٦).

2 -سبق تخريجه آنفا .

3 - بدائع الصنائع (ج٦/ص١٦٧، ص١٦٥).والمبسوط للسرخسي (ج٢١/ص ١٨٢). و البحر الرائق (ج٨/ص٣١١).

4 - نهاية ورقة ٣٧٨ من (ب).

5 - في(ب)"لا يضمن".

قوله عليلم :" **ولا يخرجه عن الرهنية والضمان غالباً** " يعني أن جنية الرهن وإن كانت مضمونة على الراهن فهي لا تحرجه عن كونه رهناً مضموناً على المرتهن وسواء كانت الجناية على نفس أم على مال .

وقوله:"غالباً" احتراز من أن يكون الرهن عبداً ويجني جناية فيها القصاص ويختار المجني عليه أخذ العبد، أو كانت لا توجب القصاص واختار سيد العبد تسليمه بجنايته فإن رهنه ينفسخ في هاتين الحالتين ويكون دين الجناية أقدم هاهنا، وإنما ينفسخ الرهن في هاتين الحالتين إذا وقعت الجناية، ومالك العبد متمكن من إيفاء الدين و[١] إبدال الرهن، فإن كان المالك معسراً ترك الرهن في يد المرتهن حتى يجد الراهن فداه، وليس للمجني عليه أن يطالب بجنايته في هذه الحال لأن حق المرتهن في رقبة العبد أقدم من حقه لكن يباع بالدين ويقال للمجني عليه ابتع العبد ليكون في ذلك وفاءً بالحقين، سواء كانت الجناية توجب القصاص أم الأرش فإنهما يؤجران حتى يستوفي المرتهن .

هذا هو المذهب وهو أن دين الجناية أقدم مع يسار المالك ودين المرتهن أقدم مع إعساره على ما تقدم من التفصيل.

تنبيـــــهٌ: أن دين الجناية أقدم [و]موسراً كان المولى أم معسراً، وعن المنتخب أن دين المرتهن أقدم، موسراً كان [المالك] [٢] أم معسراً [٣].

تنبيـــــهٌ: لو جنى العبد المرهون جناية توجب القصاص فيما دون النفس نحو أن يقطع يداً أو يقلع عيناً، واختار المجني عليه القصاص أو أخذه بجنايته وأرشها دون قيمته والمالك موسراً هل يبطل الرهن.

قال في الغيث: ينظر في ذلك الأقرب أنه بمنزلة حدوث عيب فيخير المرتهن [٤].

تنبيـــــهٌ آخر: لو قبل العبد المرهون عبد لغير سيده فاختار سيد الجاني تسليمه بجنايته، فقيل أن الجاني يصير رهناً لأنه عوض الرهن وعوض الرهن عندنا يصير رهناً من غير إيجاب ولا قبول ولا قبض كما تقدم.

قال في الشرح: وإنما حذف المؤلف[عليلم] [١] قوله في الأزهار " ولَوْ تَقَدَّمَتْ الْعَقْد "[٢] لأنه قد فهم مما تقدم من قوله "وكونه مما يصح بيعه والعبد الجاني مما لا يصح بيعه كما تقدم انتهى [٣].

---

1 - في(ب)"أو".

2 - الزيادة من (أ).

3 - روضة الطالبين (ج١٢/ص٣٠٨). و الإقناع للشربيني (ج٢/ص٦٥٨). و المنتخب - (١ / ٢٥٣).

4 - الغيث المدرار ج٣(خ).

والمعنى أن العبد [الجاني] [٤] يصح رهنه، ولا تكون جنايته المتقدمة على الرهنية مانعة من صحة الرهنية والضمان، وسواء كانت على نفس أو مال، هذا هو المذهب، وهو قول ح[٥].

فيصح رهن العبد القاتل سواء كان القتل عمداً أو خطأً.

وقال الشافعي: يصح رهن

[القاتل][٦] عمداً لا خطأً [٧] ووجهه أن الجناية في الخطأ تعلق بقيمته وهي لا تتسع للحقين وقد تقدم.

تنبيـــــهٌ: قال في التفريعات: ما معناه لو ارتد العبد المرهون فقتل أو مات على ردته ضمنه المرتهن بخلاف ما إذا رهن وهو مرتد ثم قتل أو مات على ردته فإنه لا يضمن.

قيل: فإن ارتهنه وهو مريض ثم مات عنده فالأقرب أنه يضمنه لأن الموت وقع بزيادة في المرض حدثت عنده [٨].

قوله عليلم:" **ويُخْرِجُهُ عَنْهُمَا الْفَسْخُ** "أي ويخرج الرهن عن الرهنية والضمان أحد أمور:

أولها: الفسخ بأي وجه فمتى وقع التفاسخ في الرهن بين الراهن والمرتهن خرج عن الرهنية والضمان اتفاقاً، وسواء وقع الفسخ بالتراضي أو بالحكم، وظاهره عدم الفرق بين أن يكون الرهن قد خرج من يد المرتهن أم لا، وقيل[٩] [بيان] [١٠] إنما هذا حيث كان قد خرج عن يد المرتهن، وأما حيث بقي في يده بعد التفاسخ فعلى قول المؤيد يخرج عنهما، وعلى قول أبي طالب يخرج عن [الرهن دون الضمان] [١١] [وكذا لو أبدل الراهن الرهن برضا المرتهن فإنه يخرج المبدل عن الرهنية والضمان] [١٢] على أصل المؤيد خلاف أبي طالب كما سيأتي.

---

1 - الزيادة من (أ).
2 - الأزهار - (١ / ١٣٥).
3 -الجامع في الشرح (خ).
4 - الزيادة من (أ).
5 - البحر الزخار - (١٠ / ١٩٥) .
6 - سقط من (ب).
7 -المهذب (ج١/ص٣٠٩).
8 - التفريعات (خ).
9 - في (ب)"فقيل".
10 - الزيادة من (ب).
11 - الزيادة من (ب)" الرهنية والضمان " بدل مابين المعقوفتين.
12 - سقط من (ب).

قوله عليلم: " **وكذا براءة الذمة** "أي وكذا يخرج الرهن عن الرهنية والضمان براءة ذمة الراهن من الدين بأي وجهٍ وهذا ثاني الأمور المذكورة .

وقوله عليلم:" **وزَال الْقَبْض بِغَيْرِ فِعْلِه** " وهذا ثالث الأمور المذكورة وهو أن الرهن يخرج عن الرهنية والضمان إذا زال عنه قبض المرتهن وكان زواله بغير فعله نحو أن يرهن شخصٌ أرضاً عند آخر فيغلب عليها العدو حتى لم يقدر عليها الراهن و[لا] [١] المرتهن فإنها تخرج عن الرهنية والضمان، وهذا حيث أزعج[٢] المرتهن عنها حتى زالت يده عنها ثم استولى عليها العدو وبعد ذلك ففي هذا الوجه يخرج عن الرهنية والضمان اتفاقاً، سواء أخرجوها أم لا، وسواء كانوا كفاراً أم بغاة، أما خروجها عن الرهنية فلزوال القبض وقد تقدم، أن استمرار القبض شرط في صحة الرهن وأما خروجها عن الضمان فلأنها لم تتلف تحت يده، وكذلك[٣] حيث استولى عليها البغاة، ويد المرتهن ثابتة عليها ولم يخربوها، ثم أزعجوه عنها فأخربوها من بعد، أو تعذر ردها، فإنها أيضاً تخرج بذلك عن الرهنية والضمان على الصحيح للمذهب وهو اختيار المؤلف، وقال المؤيد أنها تضمن بناء على أصله أن غير المنقول يضمن بالغصب [٤]، فأما حيث لم يزل القبض أصلاً، وذلك نحو أن يخرب العدو الأرض بحيث يبطل نفعها، ويد المرتهن[/٥] [ثابتة عليها، فإنها لا تخرج عن الرهن والضمان، وسواء كان العدو كافراً أم باغياً لأنها بإبطال نفعها تلفت تحت يد المرتهن والرهن مضمون، سواء تلف بفعل الراهن أم بفعل غيره، وكذلك لو استولى عليها الكفار ويد المرتهن ثابتة عليها إلى وقت الاستيلاء فإنها لا تخرج بذلك عن الرهنية والضمان اتفاقاً، أما على أصل الهادي فلأن الكفار يملكون علينا [٦].

وأما على أصل المؤيد فلأن غير المنقول عنده يضمن بالغصب [٧].

وقوله "بغير فعله" يفيد بمفهومه أنه إذا كان زوال القبض بفعله نحو أن يبيع الرهن أو يهبه أو يرهنه لا بإذن الراهن فإنه لا يخرج بذلك عن الرهنية والضمان لأنه لم يوجب فيه قبضاً مستحقاً فإن تعذر استرجاعه كان كما لو أتلفه فلا يخرج[/٨] بذلك عن الرهنية

1 - **الزيادة من (ب).**
2 - **في (أ) بعدها زيادة "عنها" وهي غير مستقيمة في اللفظ.**
3 - **في (ب) "وكذا".**
4 - **شرح الأزهار - (٣ / ٤١٧).**
5 - **نهاية ورقة ٣٦١ من (أ).**
6 - **شرح الأزهار - (٣ / ٤١٧) بنحوه.**
7 - **-المرجع السابق.**
8 - **نهاية ورقة ٣٧٩ من (ب).**

والضمان، فأما حيث كان ذلك بإذن الرهن فإنه يخرج عن الرهنية والضمان لأنه قد أوجب فيه للغير قبضاً مستحقاً بإذن المالك فكان بغير فعله.

وقوله "**غالباً فيهما** "يعني في المسألتين، مسألة براءة الذمة، ومسألة زوال القبض، أما في الأولى، فاحترز مما إذا حصلت براءة الراهن من الدين بالإيفاء فإن الرهن يخرج عن الرهنية دون الضمان، وهذا مذهب أبي طالب، واختاره الإمام المهدي عليلم في الأزهار في أول كتاب الرهن [١].

قال النجري: وما ذكره الإمام هنا مطلق يجب حمله على المقيد[٢]، وصحح ذلك المؤلف.

وقال المؤيد: لا فرق بين البراء والإيفاء في أنه يخرج عن الرهنية والضمان فيهما [٣].

واحترز في المسألة الثانية من المنقول إذا زال قبضه بغير فعل المرتهن نحو أن يغصبه عليه غاصب، فإنه لا يخرج بذلك عن الرهنية والضمان، لأن الغصب في المنقولات بمنزلة الإتلاف، ولهذا يضمن الغاصب القيمة من يوم القتل، وإن كان بمنزلة الإتلاف، وضمنه المرتهن لأن غصبه بمنزلة تلفه تحت يده فيضمنه المرتهن ضمان الرهن، ويضمنه الغاصب ضمان الغصب، وللماك مطالبة أيهما شاء وللمرتهن مطالبة الغاصب أيضاً إذ لم يبطل حقه منه بالغصب، ويبرأ الغاصب بالرد إلى المرتهن، ولا يبرأ من حق المرتهن بالرد إلى الراهن، ويحترز أيضاً من العبد إذا أبق على المرتهن فإنه لا يخرج عنهما وكذا الأرض إذا غلب عليها الماء حتى صارت نهراً لا ينتفع بها فإن الحكم فيها كالحكم في العبد الآبق .

هذا اختيار المؤلف عليلم أن العبد الآبق والأرض التي غلب عليها الماء حكمها حكم المنقول في عدم الخروج بما ذكر عن الرهنية والضمان، وقد ذكر معنى ذلك للحنفية، واستضعف المؤلف عليلم ما ذكره في الأزهار من أن ذلك يخرجهما عن الرهنية والضمان[٤].

قال في الغيث: وإنما لم يضمن العبد بالاباق لأنه زال القبض له بغير فعل المرتهن ولا ضمان لقيمته على أحد فلم يكن كتلفه تحت يده بخلاف ما لو غصب العبد غاصب، فإنه

---

1 - كتاب التحرير (١ / ٥١٣). و الأزهار - (١ / ١٣٥). وشرح الأزهار - (٣ / ٤١٨).
2 -شرح النجري (خ) .
3 - الغيث المدرار ج٣(خ) .
4 - الأزهار - (١ / ١٣٥). و شرح الأزهار - (٣ / ٤١٨) .

كتلفه تحت يد المرتهن قال ومثل هذا لو غلب الماء على الأرض حتى صارت نهراً لا ينتفع بها فإن الحكم فيها كالعبد الآبق انتهى [١].

قال في الشرح: وإنما حذف المؤلف قوله في الأزهار ط ويعود إن عاد، ولا يطالب قبله الراهن اختياراً منه أن الراهن لا يعود بعد بطلانه إلا بتحديد انتهى [٢].

والذي في الغيث ما لفظه "قال السيد ط :وإذا زال قبض المرتهن عن الرهن بأي الوجوه التي تقدمت وجب أن يعود رهناً إذا عاد إلى يده حكى ذلك عن الحنفية وقرره أهل المذهب للمذهب لأنه قال فإن نصب الماء عن الأرض عادت رهناً كما أن العبد لو رجع عاد رهناً .

قيل ع : ويأتي على قول المؤيد أنه يصير ملكاً للمرتهن كما لو أبق من يد الغاصب ثم سلم قيمته ملكه الغاصب بتسليم القيمة يعني وكذا المرتهن إذا ضمن المغصوب ثم عاد إلى يده ملكه ولا يعود رهناً وإذا غصب الرهن من يد المرتهن ولم يكن قد عاد إلى يده فإنه لا يطالب قبله الراهن بالدين حتى يعود المرهون إلى يده.

قال أبو طالب: ذكره أصحاب أبي حنيفة أن الأرض المرهونة إذا غلب عليها الماء حتى صارت نهراً، لا ينتفع بها فلا حق للمرتهن على الراهن لأن ردها على صاحبها غير ممكنٍ كالعبد إذا أبق فإن المرتهن لا يكون له حق على الراهن [٣]، يعني أنه بإباقة خرج عن الرهنية والضمان لكن ليس للمرتهن أن يطالب الراهن بدينه قبل أن يعود الرهن إلى يده فإن آيس من عوده كان كتلفه تحت يده وقد مر حكمه.

واعلم أن هذا إنما يكون حيث لا يبطل الرهن فأما حيث يبطل ذلك وذلك حيث يستولي عليه الكفار أو يخربه العدو حتى يبطل نفعه فإنه يبطل الرهن والمرتهن ضامن فإما تساقط الدينان وترادا الفضل وإلا تعاوضا انتهى [٤].

قال في شرح الإبانة: وحذف قوله "ومُجَرَّدُ الْإِبْدَالِ عِنْدَ الْمُؤَيَّدِ"[٥] لأنه قد دخل معنى ذلك في معنى قوله أول الفصل ويخرجه عنهما الفسخ فإذا وقع مع الإبدال فسخ فهو كذلك، وإلا يقع لم يخرج عن الرهن فلم يكن لزيادة ذلك فائدة إلى آخر ما ذكره في الغيث ما لفظه "والرابع من الوجوه التي يخرج بها الرهن عن الرهنية والضمان مجرد الإبدال، وذلك أن يعطي الراهن المرتهن شيئاً آخر يرهنه مكان الرهن الأول إذا أراد أخذه فإن المرتهن إذا

---

1 -الغيث المدرار ج٣(خ) .
2 -الجامع في الشرح (خ).
3 - البحر الرائق (ج٨/ص٢٦٦).
4 - الغيث المدرار ج٣(خ).
5 - الأزهار - (١ / ١٣٥).

قبض البدل خرج الرهن الأول عن الرهنية والضمان، ولو قبل قبض الراهن له لأن مجرد الإبدال كالتفاسخ في الرهن الأول، هذا معنى ما ذكره المؤيد للمذهب فهذه الثلاثة الوجوه المتأخرة يخرج بها الرهن عن الرهنية والضمان عند المؤيد، أما سقوطه بالإبراء من الدين فذلك وفاق بين السيدين، وأما سقوطه بالإيفاء فعند المؤيد يخرج عن الرهنية والضمان، وعند أبي طالب يخرج عن الرهنية ولا يخرج عن الضمان حتى يقبض، وأما زوال القبض فقد تقدم الكلام فيه، وأما مجرد الإبدال فالخلاف فيه من جهتين :

إحداهما: هل يبطل رهنه الأول بمجرد الإبدال أو لا ؟

المذهب: أنه يبطل ويكون الرهن هو الثاني فيضمن بقبضه وقال أبو حنيفة بل الرهن الأول حتى يرد فيكون مضموناً والثاني أمانة.

الجهة الثانية: إذا قلنا الأول قد خرج عن الرهنية هل يبطل ضمانة أولا ؟

قال المؤيد: يبطل ضمانه وهو الذي ذكرناه في الأزهار فقولنا عند المؤيد عايد إلى المسائل الثلاث، وقال أبو طالب لا يبطل ضمانه بل ينسحب وربما صحح المذاكرون كلام المؤيد.

والحجة أن أحد شروط الرهن العقد وقد بطل فيبطل الضمان كما إذا فات القبض أو الحق انتهى [١].

وقد ناقش النجري في شرحه على الأزهار في عبارة الإمام المهدي عليلم.

وقوله في الغيث: "فقولنا عند المؤيد عائد إلى المسائل الثلاث"[٢] وقد بين في الغيث توجيه ذلك كما لا يخفى على المتأمل ولكن عبارة الأثمار أصح وأوضح وأبعد من الإيهام][٣] والله الموفق.

قوله عليلم " **وعَنْ الضَّمَانِ مَصِيره إلى الرَّاهِنِ أَوْ إتلافه وعَلَيْهِ عِوَضُهُ**" أي ويخرج الرهن عن الضمان دون الرهنية أحد أمرين إما مصيره إلى يد الراهن[٤] سواء صار إليه غصباً أو أمانة، أو إتلاف الراهن إياه في يد المرتهن فأي هذين الأمرين حصل خرج به الرهن عن الضمان ولم يخرج عن الرهنية، وحينئذ يجب على الراهن دفع عوضه[/٥]إلى

1 - شرح الإبانة (خ)والغيث المدرار ج٣(خ).
2 -الغيث المدرار ج٣(خ) .
3 - سقط من (أ) أكثر من ورقة.
4 -في (ب)"المرتهن".
5 - نهاية ورقة ٣٨٠ من (ب).

المرتهن مثله إن كان مثلياً و[1] قيمته إن كان قيمياً ليكون رهناً مكان الأول وذلك فائـــــدة عدم خروجه عن الرهنية.

وحذف قوله في الأزهار" لَا تَعْجِيلِ الْمُؤَجَّلِ "[2] ومعناه أن الراهن إذا أتلف الرهن في يد المرتهن وكان الدين مؤجلاً فإنه لا يلزمه تعجيله بإتلافه الرهن وإنما يلزم تعويض الرهن كما تقدم.

وكذا لو تلف الرهن من دون جنايةٍ وقيمته دون الدين المؤجل فإنه لا يكون للمرتهن مطالبة الراهن بفضل الدين قبل حلول أجله وإنما حذفه المؤلف عليلم لظهوره، إذ لا مقتضى لحلول المؤجل قبل أجله والله أعلم .

"**فصـــــــلٌ** "

"**وهُوَ جَائِزٌ مِنْ جِهَةِ الْمُرْتَهِنِ** " يعني أن عقد الرهن ليس تلازم للمرتهن بل هو جائز من جهته فله فسخه متى شاء، وأما الراهن فهو لازم من جهته فليس له فسخه إلا برضا المرتهن أو بالإيفاء .

تنبيـــــهٌ: لو فسخ المرتهن [الرهن] [3] في غيبة الراهن هل ينفسخ أم لا ينفسخ إلا كان إلى وجه الراهن فإذا قلنا تنفسخ وتلف قبل التسليم إليه هل يضمنه كالمرتهن أم لا ينظر في ذلك؟ [و] [4]الأقرب أنه لا يصح الفسخ إلا في وجه الراهن كخيار المشتري هكذا في الغيث[5].

قوله عليلم :" **وتَصِحُّ الزِّيَادَةُ في الرهن وفِيمَا هُوَ فِيهِ**" أي من أحكام الرهن إن الزيادة تصح في المرهون في الدين الذي هو رهن فيه فتصح أن يزاد مع الرهن رهن آخر في الدين الأول رهن فيه ويصح أن يزاد فيه الرهن نحو أن يكون رهناً في مائة مثلاً فيزداد الرهن [مثلاً] [6] من المرتهن مائة أخرى فيصير رهناً في المائتين خلافاً لأبي حنيفة في الصورتين .

---

1 - في (ب)" أو".
2 - الأزهار - (١ / ١٣٥).
3 - الزيادة من (ب).
4 - الزيادة من (ب).
5 - الغيث المدرار ج٣(خ).
6 - الزيادة من (أ).

قوله عليلم:" **الاختلاف** "أراد بيان حكم الاختلاف بين الراهن والمرتهن فيما يتعلق بالرهن، وقد أوضح ذلك بقوله " **القول لمنكر خلاف الأصل** "منهما، والبينة على مدعي خلاف الأصل فمن ذلك أن يختلفا في قدر الدين فيكون القول لمنكر الأكثر، وهو الراهن والبينة على مدعيه وهو المرتهن إذ يدعي خلاف الأصل، وهو براءة الذمة ومن ذلك أن يختلفا في ثبوت الدين فيدعيه المرتهن وينكره الراهن فإن القول للراهن في نفيه هذا مذهبنا، وهو قول الأكثر إذ الأصل عدم ثبوته، وعند الحسن وطاووس وقتادة القول في ذلك للمرتهن مع يمينه [١].

وقال مالك: القول قول المرتهن إلا أن يدعي فوق قيمة الرهن فعليه البينة [٢]، ومن ذلك نفي الرهنية، فلو قال الراهن لأن الأصل عدم الرهنية والبينة على الرهن، ومن ذلك أن يختلفا في الإذن بالبيع فالقول لمنكره والبينة على مدعيه منهما إذ الأصل عدمه فإن تصادقا على حصول الإذن من المرتهن للراهن يبيع الرهن فباعه ثم ادعى المرتهن أنه قد كان رجع عن الإذن قبل بيعه فعليه البينة بذلك فإن صادقه الراهن في رجوعه لم يقبل قولهما على المشتري إلا ببينة لكن يلزم الراهن استرجاع الرهن بما أمكن وإلا غرم قيمته رهناً فإن تصادقا على الرجوع لكن قال الراهن هو بعد البيع فعلى قول الهادي القول قول الراهن لأن الأصل عدم الوجوب وهو الأصل الثاني [٣].

وعلى قول المؤيد القول قول المرتهن لأن الأصل عدم البيع وهو الأصل الأول فإن كان أذن له بالبيع لينتفع بالثمن لم يصح رجوعه لأن الرهن قد بطل بذلك على الأصح، ومن ذلك أن يختلفا في التسليط فيدعيه المرتهن وينكره الراهن، فالقول للراهن لأن الأصل عدم وقوعه فإن تصادقا على وقوعه، لكن اختلفا هل هو مطلق أو مقيد بزمان أو ثمن مسمى فالبينة على مدعي التقييد فإن تصادقا على التقييد بثمن مسمى، واختلفا في قدره بعد البيع فيحتمل أن يكون القول قول المرتهن، ويحتمل أن يكون على الخلاف في مسألة البقاء.

قيل: وهو أولى فإن اختلفا في ذلك قبل البيع فالقول للراهن لأن ذلك يكون عزلا عن التوكيل، وإن اختلفا في توقيت التسليط فالقول لمنكره فإن تصادقا عليه، ولكن اختلفا في قدره نحو أن يقول الراهن سلطتك على بيعه في شهر، ويقول المرتهن بل في شهرين فإن القول للمرتهن إذ الظاهر الإطلاق وعدم [المنع من] [٤] البيع بعد المصادقة على التسليط .

---

1 - **شرح الأزهار** - (٣ / ٤٢١) .
2 - **القوانين الفقهية** (ج١/ص٢١٣).
3 - **شرح الأزهار** - (٣ / ٤٢١) .
4 - **الزيادة من (ب).**

ومنها أن يختلفا في تلف الرهن فيدعيه المرتهن وينكره الراهن فإن القول قول الراهن لأن الأصل البقاء .

وهذا حيث كان المرتهن حياً فأما حيث ادعى الراهن بقاء الرهن على ورثة المرتهن فأنكر الورثة مصيره إليهم أو ادعوا أنه كان قد تلف مع مورثهم قبل قولهم، لأن الأصل عدم مصيره إليهم، فأما لو أقروا بقبضه وادعوا تلفه بينوا هكذا قيل، وهو مخالف لما تقدم في ورثة العامل، وقد وجه الفرق بأن الوارث هنا حيث ادعى تلف الرهن مع مورثه غير مدع لسقوط الضمان من التركة بل هو مقر بلا ضمان منها، والأصل عدم مصيره إليه فهو غير مرتهن هنا فأشبه الأمين بخلاف حيث ادعى تلفه معه فقد أقر كونه مرتهناً والمرتهن لا يقبل قوله في تلف الرهن، وأما وارث المضارب فحيث ادعى تلفه معه فهو أمين يقبل قوله كالمضارب نفسه وحيث ادعى تلفه مع مورثه فهو مدع سقوط الضمان من التركة والأصل لزومه فافترقا كذا قيل والله أعلم .

وأما حيث يكون القول المرتهن فهو ذلك ما تقدم ذكره حيث اختلفا في تقييد التسليط، ومن ذلك أن يختلفا في قدر قيمة الرهن بعد تصادقهما على تلفه فإن القول قول المرتهن إذ الأصل البراءة من[1] الزائد ، وكذا حيث اختلفا في أجل الدين الذي فيه الرهن فالقول للمرتهن إلا أن يتفقا في قدر مدة الأجل، ويختلفا في انقضائها، فإن القول قول الراهن لأن الأصل عدم الانقضاء ومن ذلك أن يدفع الراهن إلى غريمه مالا، وله عليه دينان أحدهما فيه رهن أو ضمين والآخر بخلافه، واختلفا بعد الدفع هل المدفوع عما فيه الرهن[2/] أو الضمين أو هو على[3] الدين الآخر، فأن القول قول صاحب الدين في أن المدفوع ليس عما فيه الرهن، أو الضمين لأن الذي عليه الدين يدعي إسقاط ما يستحقه من حبس الرهن ومطالبة[4] الضمين و الظاهر بقاء ذلك .

قوله عليلم:" **ومنه الْقَبْض وَالْإِقْبَاض**"أي ومن إنكار خلاف الأصل أمور ذكرها المؤلف عليلم بلفظها وإن كانت قد دخلت في عموم عبارته المتقدمة إذ كانت ربما يخفى على المبتدئ.

فمنها: إنكار قبض الرهن نحو أن يقول الراهن للمرتهن لما يقبض الرهن فلي الرجوع عنه، ويقول المرتهن بل قد قبضته فإن القول للراهن والبينة على المرتهن.

---

1 - في (ب)"عن".

2 - نهاية ورقة ٣٦٢ من (أ).

3 - في (أ)"عن".

4 - في (ب)"ومطالبته".

ومنها إنكار إقباض[1/] الراهن المرتهن للرهن نحو أن يقول الراهن للمرتهن أنت [قبضت الرهن] [2] بغير إذني، ويقول المرتهن بل بإذنك فالقول للراهن حيث الرهن في يده في الصورتين فأما لو كان في يد المرتهن وقت المنازعة، فإن القول له فيهما أما في الصورة الأولى فظاهر، وأما الثانية فلأن الراهن[3] قد صادقه على عقد الرهن ثم ادعى فساده بعدم الاقباض والظاهر الصحة لكونه في يده هذا معنى ما في الغيث [4].

قال فيه: "ويحتمل أن يكون القول قول الراهن لأن الأصل عدم الاقباض كما أن الأصل عدم القبض[5]، يعني حيث لا يكون الرهن في يد المرتهن والله أعلم .

[واختار المؤلف عليلم أن القول قول الراهن في نفي الاقباض مطلقاً سواء كان الرهن في يده أم في يد المرتهن، ولذلك حذف قوله في الأزهار " حَيْثُ هُوَ فِي يَدِهِ "[6] لأن الأصل عدم الاقباض والله أعلم] [7].

قوله عليلم :" **والرَّدِّ وأن هذا هو الرهن غالبا فيهما** "أي ومن إنكار خلاف الأصل إنكار الراهن للرد[8] فإذا قال المرتهن قد رددت الرهن إليك، وأنكر الراهن ذلك فالقول قوله مع يمينه لأن المرتهن يدعي خلاف الأصل، وهو براءة ذمته من ضمان الرهن، ومن ذلك أن يقول المرتهن للراهن هذا رهنك وينكر الراهن ذلك فإنه يكون القول قوله والبينة على المرتهن، وأما لو كان المعين هو الراهن، فإن البينة يكون عليه فمن عين مهما بيّن [هب][9].

وأما حيث يعين المرتهن فلأنه[10] يريد براءته من الضمان والأصل لزومه، وأما حيث يعين المرتهن فإنه يريد براءته من الضمان والأصل لزومه، وأما حيث يعين الراهن فلأن اليد لغيره.

---

1 - نهاية ورقة ٣٨١ من (ب).
2 - في (ب)"قبضته"بدل مابين المعقوفتين.
3 - في (ب)"المرتهن".
4 - الغيث المدرار ج٣(خ).
5 - المرجع السابق.
6 - الأزهار - (١ / ١٣٥).
7 - سقط من (ب).
8 - في (ب)"للرهن".
9 - الزيادة من (أ).
10 - في (ب)"فانه".

قيل: ويكون الذي عينه المرتهن لبيت المال، والصحيح ما قواه الإمام المهدي عليلم في هذه المسألة وأمثالها من أنه لا يكون لبيت المال بل يبقى[1] لمن عينه لأن إقراره به للراهن كالمشروط بأن يقبله منه ولا يطالبه بغيره .

قال في الغيث: فالأولى تركه في يده فإن صدقت بينة المدعي كانت تلك العين لمالكها المرتهن أو غيره، وإن كذبت عوضاً عما قبضه الراهن والله أعلم انتهى [٢].

واختاره المؤلف عليلم أيضاً.

وقوله "غالباً" فيهما معناه في الرد والعين يعني [أن] [٣] ذلك الحكم ثابت كذلك في أغلب الأحوال، يحترز من أن يكون المرتهن قد أبرأ الراهن من دينه، فإن القول قوله في الرد والعين إذ صار أميناً وهذا بناء من المؤلف عليلم على اختيار مذهب ط أن الإبراء يخرج الرهن عن الرهنية والضمان بخلاف الاستيفاء، ولذلك عدل عن قوله في الأزهار" مَا لَمْ يَكُنْ الْمُرْتَهِنُ قَدْ اسْتَوْفَى" [٤] لأنه بنى ذلك في الأزهار على مذهب المؤيد كما تقدم.

قوله عليلم :" **وفِي أَنَّ الْبَاقِيَ غير الرهن** "فإذا كان عند المرتهن للراهن شيئان أحدهما رهن والأخر وديعة فتلف أحدهما فادعى الراهن أن التالف هو الرهن وأن الباقي الوديعة، وقال المرتهن بل العكس، فإن القول قوله لأن الأصل عدم الضمان ذكر معنى ذلك الفقيه س فيحلف أن التالف هو الوديعة ليكون الباقي هو الرهن [٥].

قوله عليلم: " **وحدوث العيب وفساد العقد غَالِبًا فيهما** " فإذا ظهر في الرهن عيب فادعى الراهن أنه حدث عند المرتهن، وقال المرتهن: بل هو من قبل الرهنية، فإن القول في ذلك قول المرتهن والبينة على الراهن، لأنه يريد تضمين المرتهن، والأصل عدمه وسواء كان الرهن باقياً أم تالفاً إلا في صورة واحدةٍ كما سيأتي .

وكذا إذا ادعى الراهن أن العقد فاسد ليقبض الرهن أو نحو ذلك فأنكر المرتهن فإن القول قوله والبينة على الراهن.

وقوله: "غالباً فيهما" يعني في مسألة ظهور العيب ومسألة فساد العقد ففي مسألة العيب يحترز من صورتين:

---

1 - في (ب)"عن".
2 -الغيث المدرار ج٣(خ) .
3 - الزيادة من (ب).
4 - الأزهار - (١ / ١٣٥).
5 - التذكرة الفاخرة (ص ٤٥٩).

إحداهما: حيث يكون في الرهن قرينة تدل على حدوث العيب مع المرتهن كالجراحة الطرية.

الثانية: حيث يتلف الرهن في يد المرتهن، وينكر حدوث العيب معه ويدعي زيادة في دينه على قيمة الرهن نحو أن يقول لو سلم الرهن من العيب لم يبق لي عليك شيء، لكنه تعيب فبقى عليك لي من الدين قدر كذا وأنا مطالب به فيقول الراهن كان لي عندك رهن ولكن عليّ دين والآن ليس لك علي شيء، فإن القول يكون للراهن لأنه كالمنكر للعيب، وتكون البينة في هاتين الصورتين على المرتهن، وأما [في] [١]الصورة الأولى فظاهر بل ربما لا يقبل فيهما بينة حيث أكذبته الضرورة.

وأما في الصورة الثانية : فلأنه يدعي زيادة الدين في مسألة فساد العقد فيحترز مما إذا أدعى المرتهن فساد العقد مع بقاء الوجه المقتضي للفساد كأن يقول [في] [٢] رهنيته خمراً فالرهن فاسد فلا ضمان ويقول الراهن بل [رهنتكه] [٣] عصيراً فالرهن صحيح، فإن القول قول المرتهن، حيث ادعى ذلك والرهن باقٍ على الخمرية لأنه لو كان قد صار خلاً في حال التداعي فإن القول قول الراهن، وإنما عدل المؤلف عليلم عن عبارة الأزهار للاختصار ولتتناول عبارته جميع الأطراف.

مسألة: وإذا رهن شخصان رهناً عند آخر ثم قال المرتهن هو في مائة فصدقه أحدهما، وقال الآخر: هو في خمسين لم ينفك الرهن إلا بتسليم خمسة وسبعين، ولا يقبل شهادة المصدق على المنكر لأنه يجر إلى نفسه أن يكون له حق الفك بالزائد عند مطل صاحبه أو إعساره ثم يرجع به عليه [٤].

---

1 - الزيادة من (أ).

2 - الزيادة من (ب).

3 - في (ب)" رهنتك هو " بدل مابين المعقوفتين.

4 - البيان لابن مظفر (٣٧١/٣).

كِتَابُ الْعَارِيَّةِ

فيها ثلاث لغات بتشديد الياء وتخفيفها وحذفها.

قيل: وهي مشتقة من عار الفرس إذا ذهب [1]،لأنها تذهب مزيد مالكها، وقيل من العارة[2].

والأصل فيها من الكتاب قوله تعالى:**(وَتَعَاوَنُواْ عَلَى الْبرِّ وَالتَّقْوَى)**[3] وهي من المعاونة، وقوله تعالى في معرض الذم " **(وَيَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ)** "[4].

قال ابن مسعود: الماعون الدلو والفأس والقدر والحبل والشفرة،[5] وعن علي [عليلم] [6] وعمر هو الزكاة [7].

قال في الغيث: وهو الأظهر [8].

ومن السنة قوله صلى الله عليه وآله [وفعله] [9].

---

1 - المصباح المنير - (١ / ٢٢٦).و شرح الأزهار(٣ / ٤٢٥). و البحر الزخار - (١٠ / ٢٤٨) .

2 -المرجع السابق .

3 - المائدة:٢.

4 - الماعون:٧.

5 - تفسير القرآن العظيم، لإسماعيل بن عمر بن كثير الدمشقي أبو الفداء- دار الفكر - بيروت - ١٤٠١ هـ (ج٤/ص٥٥٦).

6 - الزيادة من (ب).

7 - فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير، لمحمد بن علي بن محمد الشوكاني- دار الفكر - بيروت (ج٥/ص٥٠١).

8 - الغيث المدرار ج٣(خ) .

9 - سقط من (أ).

أما قوله فكحديث أبي أمامة سمعت رسول الله صلى الله عليه وآله يقول في خطبته عام حَجَّةِ الْوَدَاعِ الْعَارِيَةُ مُؤَدَّاةٌ وَالزَّعِيمُ[1/] غَارِمٌ وَالدَّيْنُ مَقْضِيٌّ " أخرجه الترمذي، وهو طرف من حديث أخرجه أبو داود[٢]، وأما فعله فما روي أنه صلى الله عليه وآله اسْتَعَارَ من صفوان بن أمية أَدْرَاعًا يوم حُنَيْنٍ فقال أَغَصب[٣] يا محمد، قال بَلْ عارية مَضْمُونَة" هذه الرواية لأبي داود، وفيه روايات أخر[٤].

والإجماع على أنه مشروعة وأنها من أنواع القرب [٥].

تنبيـــــهٌ: والعارية قد تكون واجبة وذلك حيث يضطر إليها المسلم فيجب إعارة[٦] ما لا قيمة لمنفعته[7/] فإن كان لها قيمة فبالأجرة.

ومندوبة وهي عند حاجته إليها من دون ضرورة، ومحظورة وهي عارية الجارية الحسناء ممن لا يؤمن عليها، وكإعارة الصيد من المحرم والعبد المسلم من الكافر عند من لا يجيز تأجيره منه، ومكروهة وهي عارية العبد المسلم من الذمي عند من يجيز إجارته منه، وعارية الأبوين من ولدهما، ومباحة وهي ما عدا ما ذكر [٨] [٩].

قوله عليلم :" **هِيَ إبَاحَةُ الْمَنَافِعِ** "هذا مذهب العترة، ومالك وش بدليل صحة الرجوع عنها، [١٠]وقالت الحنفية هي تمليك[١١] المنافع [١٢].

فعلى قولهم يجوز للمستعير أن يعير لمثل ما استعار له، وعلى قولنا لا يجوز ذلك ويوافقونا في أنه لا يجوز له تأجيرها وأنه إذا شرط عليه المعير أن لا يعيرها لم يجز له إعارتها.

---

1 - نهاية ورقة ٣٦٣ من (أ).

2 -أخرجه الترمذي في سننه-كتَاب الْبُيُوعِ -بَاب ما جاء في أَنَّ الْعَارِيَةَ مُؤَدَّاةٌ -رقم١٢٦٥ (ج٣/ص٥٦٥).وأبو داود في سننه -رقم٣٥٦٥ -كتاب الْإِجَارَةِ - بَاب في تَضْمِينِ العارية (ج٣/ص٢٩٦). وهو صحيح .ينظر (صحيح وضعيف سنن الترمذي - (٣ / ٢٦٥).

3 - في المخطوط "أغصبا ".

4 - أخرجه أبو داود في سننه - بَاب في تَضْمِينِ العارية -رقم٣٥٦٢ (ج٣/ص٢٩٦).وهو صحيح . ينظر (صحيح وضعيف سنن أبي داود -رقم٣٥٦٢.

5 - إعانة الطالبين (ج٣/ص١٢٧). والبحر الزخار - (١٠ / ٢٤٨).

6 - في (أ)" اعارته ".

7 - نهاية ورقة ٣٨٠ من (ب).

8 - في (أ)" ما ذلك ".

9 - البيان لابن مظفر (٣٧٢/٣).

10 - البحر الزخار (١٠ / ٢٤٨)والتذكرة الفاخرة (ص٤٦٧). والمهذب (ج١/ص٣٦٣). والحاوي الكبير (ج٧/ص١١٦). و الصحيح من المذهب المالكي أن العارية هي تمليك المنافع .ينظر الذخيرة (ج٦/ص١٩٧). وجامع الأمهات (ج١/ص٤٠٧).

11 - في (أ)" تملك ".

12 - البحر الرائق (ج٧/ص٢٨٠). والبحر الزخار(١٠ / ٢٤٨) .

قوله عليلم: " **من نحو المالك لها** "معناه أنه يشترط أن تصدر الإعارة من نحو المالك للمنافع فلا يصح من الوكيل وولي الصبي ويصح من المستأجر ومن الموصى له بالمنافع إذ هما مالكان لها وأراد بنحو المالك الإمام ونائبه، فإنه يجوز لهما العارية لمصلحة [وكذا المأذون والمضارب والشريك حيث جرى العرف بذلك أو كان لمصلحة، وكذا الأب والجد وسائر الأولياء فإنه تجوز لهم الإعارة للمصلحة] [١] هكذا عن المؤلف عليلم، ويصح من المهدي إعارة الهدي لمن اضطر إلى الركوب مع كون المهدي غير لمالك لمنفعة الهدي، ولا يعتبر فيها عقد بل يكفي الإذن بالانتفاع، أو ما يدل على الإذن .

وقوله عليلم:" **مُطْلَقَ التَّصَرُّفِ** " احتراز من الصبي والمجنون والمحجور عليه فلا تصح العارية منهم كالبيع والإجارة ولا تصح من الصبي المميز على الأرجح كما لا يصح هبته وحذف قوله في الأزهار " مُكَلَّفًا "[٢] لدخوله تحت قوله مطلق التصرف إذ غير المكلف ليس بمطلق التصرف.

وقوله عليلم :" **في جائز انْتِفَاع** " فلا تصح إعارة ما لا نفع فيه كالحيوان الصغير أو الكسير ولا ما منفعته محظورة كالأمة للوطء خلافاً لعطاء بن أبي رباح فلو وطئها المستعير لذلك حد مع العلم لا مع الجهل للشبهة، وقيل يحد مطلقاً لضعف الشبهة، فأما المستعارة للخدمة فيحد إجماعا إذ لا شبهة وولدها مملوك لسيده [٣].

[و] [٤] قوله عليلم:" **مَعَ بَقَاءِ عَيْنِهِ وَإِلَّا فَقَرْضٌ غَالِبًا** " وذلك كعارية الحيوانات للانتفاع بها في الحرث والركوب ونحوهما والدور ونحوها للسكنى والأرض للزرع والغرس ونحو ذلك، وكذا إعارة[٥] الدراهم والدنانير، وسائر المثليات إذا استعيرت للعيار أو[٦]التجمل، وأما عارية ما لا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاكه كالنقود وسائر المثليات بغير[٧] ما تقدم .

فتنقلب عاريتها قرضاً.

وقوله:"غالباً " احتراز مما إذا نقصت عين المعار بمجرد الاستعمال فإن ذلك لا يمنع من صحة عاريته، وإن نقصت بذلك عينه عما كانت عليه، ولا تنقلب عاريته قرضاً ولا يضمن المستعير ما نقص بالاستعمال فيما [إذا] [٨] استعيرت له إجماعا إذ هو مأذون فيه .

---

1 - سقط من (أ).
2 - الأزهار - (١ / ١٣٦).
3 - الزيادة من(أ).
4 - البحر الزخار - (١٠ / ٢٧١).
5 - في (أ)" اعارته ".
6 - في (ب)" و ".
7 - في (ب)" لغير".
8 - الزيادة من (أ).

قيل س: ولو شرط المعير ضمانة وجب [١].

فأما عارية نحو الشمعة للاستضاء بها فتكون إباحة لا قرضاً، نقل ذلك عن المؤلف، وهذا واضحٌ في تفسير غالباً، وأما تفسير الإمام المهدي عليلم في الغيث بالاحتراز من عارية الدراهم والدنانير ونحوهما للتجمل بها فمما لا حاجة إليه لدخوله في المنطوق .

قوله عليلم:" **ونَمَاءِ أَصْلِه وَإِلَّا فَعُمْرَى** " معناها أنه كما يشترط بقاء عين الشيء المعار يشترط أيضاً بقاء نماء أصله، أي فوائده الأصلية، فأما مالا يمكن الانتفاع به إلا مع استهلاك فوائده الأصلية فتنقلب عاريته عمرى كما سيأتي، وذلك كعارية الحيوان للصوف واللبن وعارية الشجر للثمر .

قوله عليلم:" **وهِيَ كَالْوَدِيعَةِ غالباً** " أي حكم العارية حكم الوديعة فيما سيأتي في كتاب الوديعة[إن شاء الله تعالى] [٢].

وقوله: "غالباً" احتراز من حكمين فإن العارية تخالف الوديعة فيهما أحدهما التضمين فإنه تصح تضمين العارية، ولا يصح تضمين الوديعة، هذا مذهب العترة جميعاً، وقتادة، والعنبري[٣] أن العارية أمانة لا تضمن إلا بتضمين أو تفريط أما كونها لا تضمن إلا بتضمين فلقوله صلى الله عليه وآله "بل عارية مضمونة"[٤] فلو كانت تضمن بغير تضمين أولا تضمن، وإن ضمنت لم يكن لقوله صلى الله عليه وآله فائدة، وذهب الشافعي وأحمد وغيرهما إلى أنها مضمونة، وإن لم تضمن لقوله صلى الله عليه وآله" على الْيَدِ ما أَخَذَتْ حتى تُؤَدِّيَه" [٥][٦]، زاده رزين في حديث"العارية مؤداة" [٧].

قلنا: معارض بما رويناه وهو أصرح.

وذهب أبو حنيفة وأصحابه وجماعة من التابعين إلى أنها لا تضمن، وإن ضمنت إذ هي أمانة كالوديعة،[٨] وذهب مالك والبتي إلى أن غير الحيوان مضمون لا هو [٩].

---

1 - التذكرة الفاخرة (ص٤٦٨)والبيان لابن مظفر (٣/٣٧٧) .

2 - الزيادة من (أ).

3 - هو عبيدالله بن الحسن بن الحصين العنبري، قاض، من الفقهاء العلماء بالحديث،من أهل البصرة، من ساداتها فقها وعلما، ولي قضاءها وتوفي فيها سنة ١٦٨هـ الأعلام للزركلي(٤ / ١٩٢).

4 -سبق تخريجه آنفا .

5 - في (أ)" تؤد " وفي سنن أبي داود " تُؤَدِّيَ ".

6 - أخرجه أبو داود في سننه -كتاب الْإِجَارَةِ -بَاب في تَضْمِينِ الْعَارِيَةِ -رقم٣٥٦١ (ج٣/ص٢٩٦). و أخرجه ابن ماجه في سننه -كتاب الصدقات - بَاب الْعَارِيَةِ -رقم٢٤٠٠ (ج٢/ص٨٠٢). وهو ضعيف . ينظر (صحيح وضعيف سنن ابن ماجة - (٥ / ٤٠٠).

7 - في كتابه (الجمع بين الصحاح الستة) (خ) .

8 - الدر المختار (ج٥/ص٦٧٨). وفتاوى السغدي (ج٢/ص٥٨٣).

9 -الكافي لابن عبد البر (ج١/ص٤٠٧). ومختصر اختلاف العلماء (ج٤/ص١٨٥) .

قلنا: الظاهر عدم الفرق، وعلى قولنا يضمنها المستعير إذا ضمن، وإن جهل التضمين نحو أن يرسل من يستعير له شيئاً فيشترط المعير الضمان، ولا يذكر الرسول ذلك للمرسل فإن الضمان يصح، وإن جهل إذ لا يحتاج إلى قبول.

قيل: ومن أمر غيره أن يستعير له دابة إلى بلد فاستعارها له الرسول إلى بلد آخر، وجهل ذلك المرسل فإن ركبها إلى البلد الذي سماه الرسول أثم ولا ضمان [عليه] [١]، لأن علم المباح له لا يعتبر وإن ركبها إلى حيث سمى هو لرسوله لم يأثم، ولزمه الكراء والضمان، ولا يرجع على الرسول بالأجرة مطلقاً إذ قد استوفى ما يقابلها ولا بالضمان إلا أن يوهمه أنه استعار له

إلى حيث طلب فيرجع عليه به لأنه غرَّهُ [٢].

الحكم الثاني: من الحكمين اللذين تخالف العارية فيهما الوديعة وجوب الراد على المستعير فيجب عليه رد العارية عند انقضاء وقتها إن كانت مؤقتة، أو متى فرغ مما استعارها له وإلا ضمن بخلاف الوديعة فإنه لا تجب على الوديع ردها، ووجه الفرق بينهما أن المالك في العارية لم يأذن له بإمساكها إلا لأجل الانتفاع فإذا انقضى الانتفاع و[٣] المدة ارتفع الإذن بخلاف الوديعة فإمساكها للحفظ ولا عانة له إلا لمطالبة[٤] المالك، وتجب مؤنة رد العارية على المستعير لأن ما لا يتم الواجب إلا به يجب كوجوب.

قوله عليلم:" **وَيَكْفِي الرَّد لها مَعَ مُعْتَادٍ وإليه** " فلا يتحتم على المستعير أن يرد العارية بنفسه إلى يد المعير بل يكفي أن يرد ما على يد ولده أو غلامه أو نحوهما إلى من جرت العادة بالرد إليه كغلام المعير أو ولده أو زوجته أو سائس الدابة، أو إلى اصطبل المعير ويربطها على الأصح، وقيل لا[٥/] يكفي الرد إلى الأصطبل ولو ربطها، وأما حيث [٦/] لم يربطها وهي مما يربط في العادة فيضمنها إن تلفت اتفاقا وإن ردها مع أجنبي أو إلى أجنبي ضمنها لأن يد الأجنبي لا تجري مجرى يد المالك في العادة .

قيل: وإذا ردها مع الأجنبي لم تجر به العادة فهما ضامنان، والقرار على الرد إن جنى أو فرط أو علم أنها[٧] للغير، وإلا فعلى المستعير لأنه غره، وإذا ردها الأجنبي إلى

---

1 - الزيادة من (ب).
2 - البيان لابن مظفر (٣٨٢/٣).
3 - في (ب)" أو ".
4 - في (ب)" بمطالبة ".
5 - نهاية ورقة ٣٦٤ من (أ).
6 - نهاية ورقة ٣٨٣ من (ب).
7 - في (ب)" بأنها".

المستعير لم يبرأ لأن المستعير قد صار متعدياً، وإن سيبها والعادة تسييبها، أو كان تسييبها بأمر المالك لم يضمنها لا بأمر زوجته أو نحوها، فيضمن حيث لم تجر العادة بتسييبها، لأن إذنها ليس كإذن الزوج إذ ليست بمالكه وهكذا حكم المؤجرة واللقطة [١].

[و] [٢] قوله عليلم:" **لا نحو غَصْب** " أراد بنحو الغصب الوديعة فإن الغاصب والوديع لا يبرآن إلا بالرد إلى [يد] [٣] المالك بأنفسهما أو بأن يرد الغاصب إلى الراعي ونحوه، حيث أخذ منه كما سيأتي .

أما المغصوب فلأنه مضمون فلا يخرج عن ضمانه ما لم يحصل في يد صاحبه، وأما الوديعة فلأنها وإن كانت أمانة فإنه لا يجوز تركها في دار صاحبها من غير حفظ كما لا يجوز للوديع تركها في دار نفسه من غير حفظ فلا بد من ردها إلى يد صاحبها أو من يده هكذا في الغيث [٤].

قوله عليلم :" **والفارق العرف** "معناه أن الفارق بين العارية ونحوها وبين الغصب ونحوه ليس إلا العرف، فإن جرى العرف بأنها سواء فيما ذكر كان حكمها في ذلك سواء، وكذا الجامع بين الغصب والوديعة مع ما بينهما من التباين، إنما هو العرف [فقط] وكذا بين العارية والمؤجرة واللقطة، وقد عرفت ما ذكره في الغيث والله أعلم [٥].

قوله عليلم:" **وتَضْمَنُ بنحوي تضْمِين وَتَعَدٍ** " أما التضمين فظاهر وقد تقدم الخلاف [فيه][٦] فإذا شرط ضمانها المعير، أو المستعير عند طلبها أو بعده أو طلب المعير رهناً فيها، أو بذله المستعير فقبضه المعير صارت مضمونة، وتنقلب العارية بالتضمين إجارة فحيث تكون المدة و[٧] المنفعة معلومتين تكون إجارة صحيحة وحيث يكونا مجهولتين، أو إحداهما تكون فاسدة تجب فيها أجرة المثل على المستعير، وله أجرة حفظها إذا كان لمثله أجرة وإذا ولدت العارية المضمنة أجرة لم يدخل أولادها في الضمان، ولا في العارية لأن حق المستعير في منفعتها لا في رقبتها، بل يكون أولادها أمانة عنده، وأراد بنحو التضمين أن يستعير شيئا ليرهنه، فإن المستعير يضمنه حال الرهنية [وبعدها وقبلها] [٨] كما تقدم وأما التعدي من المستعير فقد تكون في المدة نحو أن تزيد على المدة المضروبة قدراً يعتد به لا

---

1 - شرح التجريد في فقه الزيدية - (٤ / ٣٨٣)بنحوه .
2 - الزيادة من (أ).
3 - الزيادة من (ب).
4 - الغيث المدرار ج٣(خ) .
5 -المرجع السابق.
6 - الزيادة من (أ).
7 - في (ب)" أو ".
8 - في (ب)" وقبلها وبعدها" بل مابين المعقوفتين.

نحو ساعة من نهار أو ليل فإنه يضمنها إلا لعذر، وقد تكون في المسافة وهو ظاهر، ومن التعدي أن يستعملها في غير ما استعارها له .

قيل ع: ولو كان أقل مضرة [١].

وقال في الانتصار والتفريعات: يجوز في مثله أو دونه [٢].

ومن التعدي أن يردف معه على الدابة فيضمن هو والرديف وقرار حصة الرديف من الأجرة عليه إذ قد استوفى ما في مقابلته، وكذا حصته من ضمان الرقبة إلا أن يوهمه المستعير أن الدابة له فيرجع عليه بما لزمه من ضمان قيمتها لأنه غرّه، وأراد بنحو التعدي التفريط في الحفظ نحو أن يسافر بما استعاره للحضر، أو يودعها لغير عذر أو يردها مع من لم تجر العادة بالرد معه أو إلى من لم تجر العادة بالرد إليه فإنه يضمن في جميع ذلك، ومن التفريط أن ينساها فضاعت خلاف الإمام ي [٣].

وقوله عليلم: " **وَإِنْ زَالَ** "[معناه وإن زال][٤] التعدي في الاستعمال أو الحفظ فإنه لا يخرج بذلك عن الضمان نحو أن يحملها أكثر مما استعارها له ثم يزيله عنها، أو يودعها لغير عذر ثم يستردها فإن يده لا يعود يد أمانة على ما ذكره أبو ع للمذهب، وهو قول أبي حنيفة هكذا في الغيث [٥].

قال: وهذا بخلاف الوديعة فإنها إذا زال التعدي في حفظها صارت[٦] أمانة، والفرق أن يد المودع يد المودع فإن عادت لم يضمن والمستعير يده ليست يد المعير فخالف الوديع في ذلك انتهى [٧].

وعن الشافعي أنها تعود أمانة كالوديعة [٨]، وحذف قوله في الأزهار" لَا مَا يَنْقُصُ بِالِانْتِفَاعِ "[٩] لدخول ذلك فيما تقدم مما احترز منه بقوله غالباً، ولأن ذلك ليس بنحو التعدي إذ لا بد منه.

---

1 -البيان لابن مظفر (٣/٣٧٥) .
2 - الانتصار على علماء الأمصار ج٦(خ) والتفريعات (خ) والمرجع السابق.
3 -البيان لابن مظفر (٣/٣٧٥) .
4 - سقط من (ب)
5 -الغيث المدرار ج٣(خ) .
6 - في (ب)" عادت ".
7 - المرجع السابق.
8 - مغني المحتاج (ج٣/ص٨٠).
9 - الأزهار - (١ / ١٣٦).

[و] [1] قوله عليلم:" **وهي جائزة من الطرفين غَالِبًا** " يعني أن من أحكام العارية جواز الرجوع فيها من المعير ومن المستعير فمن أعار شيئاً كان له الرجوع عن إعارته، سواء كانت العارية مطلقة أو مؤقتة، وإن اختلف حكمهما في غير ذلك هذا مذهبنا، وهو قول أبي حنيفة والشافعي، وقال مالك لا ترجع في المؤقتة إلا بعد انقضاء الوقت فعلى قولنا لو أن شخصاً أعار غيره أ رضاً ليبني فيها أو يغرس فله الرجوع، ولو بعد البناء والغرس فيطالب المستعير برفع ذلك وكذا[2] المستعير له أن يرفع ما وضع ولا شيء على أيهما للآخر في الصورتين وتجب التخلية فوراً حيث طلبها المعير إذ المنافع المستقبلة غير حاصلة فيصح الرجوع فيها كقبل قبض العين المستعارة.

وقوله: "غالباً " احتراز من صور لا يكون الرجوع فيها جائزاً على الإطلاق بل مع تخيير، وذلك حيث يكون الراجع هو المعير بعد أن يغرس المستعير أو يبني أو نحوهما، فإنه يثبت للمستعير في ذلك في العارية المطلقة ونحوها خياران إن شاء طلب من المعير قيمة بنائه ونحوه قائماً ليس له حق البقاء وملكه المعير وإن شاء رفع بناءه ونحوه وطلب من المعير أرش نقصانه وهو ما بين قيمته قائماً لا يستحق البقاء وبين قيمته معلوماً، وكذا يثبت له في نحو المطلقة، وهي كل عارية يرجع فيها المعير قبل حصول المقصود بها كالمؤقتة قبل انقضاء وقتها ونحو ذلك، ذكر ذلك المؤيد وصححه المتأخرون للمذهب وذكر في البيان الأول لمذهب الهادي عليلم أنه إن اختار النقض فلا شيء له [3].

وعن الشافعي إن اختار القلع فلا شيء له، وإن لم يخيره، واختار صاحب الأرض أخذ الغرس بقيمته أجبر المستعير، وإن اختار القلع ويسلم الأرض كان له ذلك، وعن زفر لا غرامة على المعير مطلقاً [4].

فــــرع: ولَهُمَا بَيْعُ الْأَرْضِ وَالْغَرْسِ إذْ هُمَا مَالِكَانِ وَالثَّمَنُ بَيْنَهُمَا عَلَى قَدْرِ الْقِيمَةِ، فَتُقَوَّمُ الْأَرْضُ مَغْرُوسَةً، وَغَيْرَ وغير مغروسة فَمَا بَيْنَهُمَا، فَهُوَ قِيمَةُ الْغَرْسِ، فَيُقَسَّطُ الثَّمَنُ عَلَى قَدْرِ الْقِيمَتَيْنِ ذكره في البحر [5].

وأما حيث استعيرت الأرض للزرع ثم رجع المعير قبل انقضاء الوقت في المؤقتة، وقبل أن يحصد الزرع [6/] فإنه يثبت للمستعير ثلاثة خيارات الخياران المتقدمان في الغرس

---

1 - الزيادة من (أ).
2 - في (ب)" و كذلك ".
3 - شرح الأزهار - (٣ / ٤٣١) .
4 - أسنى المطالب في شرح روض الطالب (ج٢/ص٣٧٢). و المبسوط للسرخسي (ج١١/ص١٤١).
5 - البحر الزخار - (١٠ / ٢٧٣) .
6 - نهاية ورقة ٣٨٤ من (ب).

ونحوه[1] والخيار الثالث: أن يبقى الزرع إلى أن يحصد بالأجرة لصاحب الأرض وإنما يلزم المستعير الأجرة لبقاء الزرع حيث قصر في الزراعة حتى تعدى المدة المضروبة، فأما لو لم يكن منه تقصير استحق بقاء الزرع بلا أجرة حتى يحصد، ولو بعد المدة المضروبة، ووجه ذلك [أن العارية] (٢) تأبد للزرع بعد إلقاء البذر حتى يبلغ الحصاد.

قال في الغيث: ولا يبعد لو استعار الأرض للغرس ورجع المعير وعلى الشجر ثمر أنه لا يجب القلع حتى تجذ الثمر انتهى (٣).

قال في الشرح: ويحترز أيضاً من بعض الصور فإن العارية فيها غير جائزة على كل حال بل لازمة من جهتهما معاً وذلك نحو أن يستعير ثوباً ليستر عورته حيث يجب سترها في الصلاة الواجبة أو ليصلي عليه في موضع متنجس، فإن المستعير إذا أحرم بالصلاة فليس له ولا للمعير الرجوع [وكذا لو استعار سفينة ليعبر عليها فليس له ولا للمعير الرجوع] (٤) والتخلية لها مع خشية التلف أو الضرر وكذا لو استعار بعيراً، أو نحوه فإنه لا يجوز مع خشية ذلك، وكذا لو استعارت المرأة عبداً محرماً لها من مالكه ليحج بها فلما أحرمت بالحج رجع معير العبد عن العارية ولا محرم لها غيره هناك، ويحترز [أيضاً] (٥) من عارية الأرض لدفن الميت ثم رجع المعير بعد الدفن فإنه لا يصح رجوعه حتى يزول الميت بأن يحمله السبع أو السيل أو يصير تراباً رعاية لحرمة الميت، وذكر في الشرح صوراً أخر نحو ما تقدم واستدراكاً حسناً منسوباً إلى المؤلف عليلم، ونفع بعلومه تركت استيفائها خشية الإطالة والله الموفق (٦).

قوله عليلم:" **وتبطل بنحو موت الْمُسْتَعِير** " أي ومن أحكام العارية أنها تبطل بموت المستعير فلا يستحق ورثته ما كان له من إباحة منافع العارية لأن الإباحة إنما كانت لمورثهم دونهم فإذا مات فلا حق لهم إلا بتجديد إباحة من المالك، وهذا في العارية المطلقة وأراد بنحو الموت الردة مع اللحوق.

قوله عليلم:" **وتَصِيرُ بِشَرْطِ النَّفَقَةِ إجَارَةً** " وهذا أيضاً من أحكام العارية وهو أن عارية الحيوان بشرط نفقته أو علفه على المستعير تصير إجارة فإن كان قدر النفقة، أو العلف

---

1 - نهاية ورقة ٣٦٥ من (أ).

2 - الزيادة من(أ).

3 - الغيث المدرار ج٣(خ) .

4 -ما بين المعقوفتين سقطت من الشرح في (ب) و استدركت في الحاشية .

5 - الزيادة من (ب).

6 - الجامع في الشرح (خ).

معلوماً والمدة معلومة فالإجارة صحيحة، وإن كانا مجهولين أو أحدهما فالإجارة فاسدة ويتبع كل واحدة منهما أحكامها التي تقدمت.

قوله عليلم:" **وبنحو مَوْتِ الْمَالِكِ قَبْلَ انْقِضَاءِ الْوَقْتِ وَصِيَّةً** " وهذا أيضاً من أحكام العارية فلو أعار المالك عيناً لينتفع بها المستعير سنة مثلا ثم مات المالك قبل انقضاء السنة كان انتفاع المستعير بالعين بقية السنة وصية ينفذ من الثلث فإن اتسع لها الثلث لم يكن [لورثة المالك] [١] انتزاعها حتى تمضي السنة ذكر معنى ذلك المؤيد [٢].

قال: لأن المنافع تصح الوصية بها كالأعيان وهكذا لو وقتها بموت المستعير لم يكن لورثة المالك انتزاعها من المستعير ما دام حياً إن كانت منافعها تخرج من الثلث ذكر ذلك المؤيد أيضاً [٣].

قال في الغيث: فإن مات المستعير بعد موت المالك وقيل انقضاء المدة المضروبة فذكر الفقيه س في تذكرته ما يقتضي أنها تبطل الوصية ولا يستحق ورثة المستعير انتفاع بقية المدة.

قلت: وفيه نظر لأن المنافع إذا صارت في هذه المدة وصية للمستعير استحقها ورثته من بعده كلو أوصى له بمنافع عين مخصوصة مدة معلومة فإنه إذا مات قبل انقضاء المدة استحق ورثته منافعها بقية تلك المدة انتهى [٤].

وأراد المؤلف "بنحو الموت" الردة مع اللحوق، [وتبطل العارية أيضاً] [٥] وحذف قوله في الأزهار ومُؤَقَّتَهَا"[٦] لدخول معناه تحت قوله قبل انقضاء الوقت .

قوله عليلم:" **والْقَوْلُ لِلْمُسْتَعِيرِ فِي أَنَّهَا إعَارَةٌ [لَا إجَارَةٌ]** [٧] " والبينة على المالك حيث ادعى أنها إجارة وذلك لأن الأصل في المنافع عدم الأعواض على قول الهدوية، وأحد قولي م بالله بخلاف الأعيان، وقد تقدم ذكر ذلك في الاجارات وهذا حيث لا عاده للمالك أو اختلفت ولا غالب، وإلا كان القول لمن ادعى العادة والبينة على الآخر .

---

1 - **في (ب)" للورثة ".**
2 - **الغيث المدرار ج٣(خ). و شرح الأزهار - (٣ / ٤٣٣).**
3 - **المرجع السابق .**
4 - **الغيث المدرار ج٣(خ)**
5 - **الزيادة من (ب).**
6 - **الأزهار - (١ / ١٣٦).**
7 - **سقط من (أ).**

قوله عليلم: " **و فِي قِيمَةِ الْمَضْمُونَة** " يعني بعد تلفها أي والقول أيضاً للمستعير في قدر قيمة العين المعارة المضمونة بعد إن تلفت والبينة على المعير فيما يدعيه من زيادة القيمة والوجه ظاهر .

قوله عليلم: " **و رَدِّ غَيْرِها وعَيْنِه وتَلَفِه** " أي والقول له [أيضاً] (١) في دعوى رد العارة غير المضمونة وفي عينها وتلفها فإذا ادعى المستعير أنه قد رد العارية غير المضمونة، أو أنها هذه أو أنها قد تلفت وأنكر المالك ذلك، فإن القول للمستعير لأنه أمين وأما في المضمونة فتبين، وكذلك المالك يبين إن عين كما مر.

وظاهر قول الهادي أن البينة على المستعير في دعوى الرد مطلقاً لأنه يجب عليه، وهو قول أبي ط، وكذا في العين، والصحيح الأول وهو الذي ذكره القاضي زيد وأبو جعفر للمذهب(٢).

قوله عليلم :" **وقدر نحو المدة بَعْدَ المُضِيِّ** "أراد بنحو المدة المسافة ،فإذا اختلفا في قدر أيهما بعد مضيها كان القول للمستعير ذكره أبو طالب، لأن المعير مصادق أن العارية في يد المستعير برضا منه وادعى تضمينه فوجبت عليه البينة، وعلى قول صاحب الوافي القول للمعير (٣)، وأما حيث اختلفا في ذلك قبل انقضاء المدة أو المسافة فالقول قول المعير فيما بقي من المدة والمسافة لأن إنكاره بمنزلة الرجوع عن العارية وهي تبطل رجوعه وأما ما قد انقضى منهما فلا يقبل قوله فيه، والوجه ما تقدم [٤/].

[تنبيـــــهٌ: وتبطل العارية أيضاً بجحود المعير إذا علم به المستعير وبالحجر[عليه] (٥) وبخروج المعار أو منفعته عن ملكه، ولا يعتبر علم المستعير بموت المعير لأن الملك قد صار للورثة ولا تغرير منهم [له] (٦)، ولا من المعير لأن الإطلاق غايته الموت.

[قيل] (٧) " والأقرب في خروج المعار عن ملك المعير أنه لا يعتبر علم المستعير لكنه يرجع بما لزمه للمالك الآخر على المعير لأنه غار له، ويحتمل أن لا يرجع عليه بما لزمه من الأجرة حيث انتفع بالعين قدرها لاستيفائه ما في مقابلتها من المنفعة ويرجع بما عدا ذلك والله أعلم] (٨).

---

1 - **الزيادة من (أ).**
2 - **التذكرة الفاخرة (ص٤٦٥)والبيان لابن مظفر (٣٨٥/٣) .**
3 - **شرح الأزهار - (٣ / ٤٣٣).**
4 - **نهاية ورقة ٣٨٥ من (ب).**
5 - **سقط من (ب).**
6 - **الزيادة من (ب).**
7 - **الزيادة من (ب).**
8 - **ما بين المعقوفتين كتبت في (ب) بعد (الردة مع اللحوق) وقد أشرت إليه آنفاً .**

كِتَابُ الْهِبَةِ

هي في اللغة مصدر وهبَ يهب، وأصلها وِهْبه بكسر الواو وسكون الهاء، ثم حذفت الواو وجعلت بالتأنيث عوضا منها كما في عِدَه وزِنَه ونحوهما [١].

ويستعمل بمعنى الشيء [٢/] الموهوب أيضاً [٣].

وَفِي الشَّرْعِ: تَمْلِيكُ عَيْنٍ فِي الْحَيَاةِ مِنْ غَيْرِ عِوَضٍ لَا يَخْتَصُّ بِالْقُرْبَةِ، وَمَنْ لَا يَشْتَرِطُ الْقُرْبَةَ فِي النَّذْرِ يَزِيدُ لَا عَلَى وجهِ النَّذْرِ: هكذا في البحر [٤].

والأصل فيها من الكتاب قوله تعالى:**(** فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْساً فَكُلُوهُ هَنِيئاً مَّرِيئاً **)** "[٥].

ومن السنة أحاديث كثيرة سيأتي ذكر بعضها والإجماع منعقد على أنها مشروعة [٦].

قوله عليلم:"**وهي عقد بإيجاب وَ قَبُول أَوْ مَا فِي حُكْمِهِ من مطلقي تصرفٍ غالباً**" فالإيجاب قول الواهب وهبت لك هذا الشيء أو هو لك، أو نحو ذلك على ما تقدم في البيع، و القبول قول الموهوب له قبلت، والذي في حكمه تقدم طلبها نحو أن يقول قد وهبت مني أرضك، فيقول المالك وهبت، فإن المتهب لا يحتاج قبولاً بعد ذلك، فأما لو قال هب مني أرضك بلفظ الأمر، فقال وهبت، فقال أبو مضر يكفي ذلك وتصح الهبة، وهو مبني على صحتها بماضٍ ومستقبل عندنا بخلاف البيع.

---

1 - الصحاح للجوهري (٢ / ٢٥٧). و النهاية في غريب الأثر(٥ / ٥١٨). والمطلع - (١ / ٢٩١) بنحوه .
2 - نهاية ورقة ٣٦٦ من (أ).
3 - شرح الأزهار - (٣ / ٤٣٤) .
4 - البحر الزخار - (١٠ / ٢٨٢) .
5 - النساء: ٤.
6 - البحر الزخار - (١٠ / ٢٨٢).و شرح الأزهار - (٣ / ٤٣٤).

وقوله: "بين مطلقي تصرفٍ" أخرج الصبي والمجنون.

وقوله: "غالباً" احتراز من الصبي المميز فإنه يصح قبوله للهبة.

قال في الزهور: بأن يكون مأذوناً له في قبول الهبة [١].

وقال في شرح النجري: ولعل الإذن له في البيع ونحوه من المتصرفات إذن له بقبول الهبة [٢].

ويحترز من المحجور عليه للدين فإنه يصح قبوله للهبة ومع أنه غير مطلق التصرف، ويحترز أيضاً من قبول العبد فإنه يصح مع أنه غير مطلق التصرف، وهذا الاحتراز بغالباً من المفهوم أي من العكس، وأما الهبة للمسجد ونحوه مما يتأتى منه القبول، فالظاهر أن الواهب له إنما يقصد به النذر فيصح، ويحمل على ذلك حيث لا قصد له، وكذلك الصدقة عليه فإن قصد الواهب، أو المتصدق ما يفتقر إلى القبول لم يصح كما نص عليه في الحفيظ[٣].

قيل: إلا أن يقبل للمسجد ونحوه من له ولاية عليه، صح ذلك واستقر به المؤلف عليلم[٤].

وقوله [عليلم] [٥] " **فِي الْمَجْلِسِ قَبْلَ الْإِعْرَاضِ** " معناه أنه لا بد أن يقع القبول في مجلس العقد، فلو وهب رجل شيئاً لغائب فبلغ ذلك الغائب فقبل لم تصح الهبة عندنا، فلو قبل للغائب غيره ثم أجاز صحت الهبة، وقال أبو يوسف يصح قبول الغائب بناء على مذهبه أن نصف العقد يقف على مجلس آخر [٦].

وقول الهادي عليلم في الهبة للصبي يوقف على بلوغه، متأول بأنه قد قبلها عنه فضولي في المجلس [٧].

وقول المؤلف عليلم " قبل الإعراض" معناه أنه لا يشترط القبول على الفور بل يصح، وإن تراخى عن الإيجاب ما لم يتخلل إعراض بنحو قيام من قعود إلا أن يقبل قبل أن ينتصب قائماً، فأما لو جلس المضطجع أو قعد القائم فإن مثل ذلك لا يعد إعراضا.

---

1 - **الزهور المشرقة(خ) .**
2 - **شرح النجري (خ) .**
3 - **الحفيظ في الفقه (خ) .**
4 - **المرجع السابق.**
5 - **الزيادة من (أ).**
6 - **الفتاوى الهندية (ج٣/ص٤٣٩).**
7 - **البحر الزخار - (١٠ / ٢٨٣) .**

قال الإمام المهدي عليلم: وعلى الجملة فالعبرة ما اقتضته قرينة الحال في الإعراض وقد صرح بذلك أبو مضر [١].

قال في شرح الإرشاد: ويستثنى من اعتبار الإيجاب[٢] [والقبول، الهبة الضمنية كقوله اعتق عبدك عني ففعل[٣] ولا يخفى موافقة القبول للإيجاب] [٤] في الهبة، فلو وهبه شيئاً فقبل نصفه [مثلاً] [٥]

لم يصح كما في البيع على ما رجحه في المهمات انتهى [٦].

ولا يبعد اعتبار ما ذكره في المسألتين على المذهب والله أعلم.

[و] [٧] قوله عليلم " **بلفظها أَوْ مَا فِي حُكْمِهِ عرفاً** " معناه أن الهبة إنما تصح بلفظها نحو وهبت أو ما في حكم لفظها.

قال في الشرح: وذلك مثل جعلت أو أعطيت أو هو لك فإن ذلك يصح حسب العرف وكذا ملكت ومنحت ونحلت وشبهها [٨].

قوله عليلم: " **ويملك نحو السيد ما قبل العبد وَإِنْ كَرِهَ** "فإذا وهب للعبد شيء أو أوصى له به فالقبول إلى العبد لا إلى سيده فإن قبلها العبد صحت وإن لم يقبلها لم يصح وإن قبلها سيده لأن الإيجاب للعبد لا له نص على ذلك في الأحكام، ويكفي في القبول للوصية عدم الرد لأنها لا تفتقر إلى القبول على الصحيح، فإن قيل إذا كانت الهبة للعبد هبة لسيده لأنه لا يملك فكيف لا يصح قبوله عنه، فالجواب أن الملك لسيده لا يمنع أن يكون موقوفاً على غيره كما أن رجلاً لو قال لغيره وهبت منك هذا الشيء على أن يقبله فلانٌ فالهبة يملكها الموهوب له إذا قبلها فلان، ولا بد من قبول الموهوب له أيضاً بعد قبول فلان على الأظهر، ذكر معنى ذلك في الانتصار [٩].

فإذا قبل العبد ما وهب له ملكه السيد، وإن كره قبول العبد له ونهاه عنه، وذلك لأن له ذمة يصح تعلق الحقوق بها فلذلك صح قبوله، وإن كره سيده ويدخل الموهوب في ملك

---

1 - شرح الأزهار - (٣ / ٤٣٤) .
2 - "" تعليق في الحاشية من (ب).
3 - في (أ)"فيفعل".
4 - ما بين المعقوفتين في(ب) سقطت من المتن واستدركت في الحاشية .
5 - الزيادة من (ب).
6 - شرح الإرشاد (٤٧٦/١) .
7 - الزيادة من (أ).
8 - الجامع في الشرح (خ).
9 - الانتصار على علماء الأمصار ج٦(خ) .

السيد بغير اختيار[1] كالميراث، وأراد المؤلف عليلم بنحو السيد مالك منافع العبد كالموصي له بها، والمجعول له بالوقف، وهذا زيادة من المؤلف عليلم هكذا في الشرح قال فيه:" وإنما حذف الضمير من قوله "ما قبل عنده وأتى به معرفاً" لأنه لا يصح رجوع ذلك الضمير إلى النحو إذ هو غير عبد له، ولا إلى السيد لأنه غير داخل بالمنطوق مع لفظه نحو، بل بالقياس كما ذلك قاعدة النحو في هذا الكتاب انتهى[2].

قوله عليلم:" **ويشترط في الموهوب ما يشترط في المبيع غالباً** " فيشترط في الموهوب أن يكون مالاً مميزاً معلوماً يصح بيعه على الإطلاق فلا تصح هبته ما ليس بمال ولا هبة المجهول، ولا هبة أم الولد ولا ما يحصل بهبته تفريق بين ذوي الأرحام المحارم من الرقيق ونحو ذلك.

وقوله "غالباً" احتراز من أربعة أشياء:

الأول: الكلب ونحوه من النجاسات كزبل ما لا يؤكل لحمه فإنه لا يصح بيعها وتصح هبتها عندنا، وإنما صحت هبتها دون بيعها لأن المحرم إنما هو أخذ العوض عليها .

الثاني: لحم الأضحية فيصح هبته، وإن كان لا يصح بيعها بحال لتعلق القربة به.

الثالث: الحق كحق المسيل والاستطراق ونحوهما فيصح هبته ولا يصح بيعه عندنا خلاف الشافعي [3].

وأما حق الشفعة ونحوها فلا يصح بيعه إجماعا، ولا هبته لغير المشتري، وأما له فيصح هبته لأنها إسقاط.

الرابع: مصاحب ما لا تصح هبته فإنها لا تصح هبته بخلاف ما بيع مصاحب ما لا يصح بيعه.

مثال ذلك أن يهب مدبراً وقناً في [٤/] عقد واحد فإنها تصح هبة القن[5] دون المدبر ولو باعهما بعقدٍ واحد لم يصح[٦/] بيع القن وإنما صحت هبة ما ذكر من هذه الأشياء دون بيعها لأن الهبة ليست معاوضة وإن كانت تمليكاً فأشبهت النذر فاغتفر فيها ما لا يغتفر في البيع بدليل أن الشرط المخالف لموجبها يلغو ولا يفسدها، ويحترز أيضاً مما لا يصح بيعه على

1 - في (ب)"اختياره".
2 - الجامع في الشرح (خ).
3 - فتاوى ابن الصلاح (ج٢/ص٥٩٠).
4 - نهاية ورقة ٣٨٦ من (ب).
5 - عَبْدٌ قِنٌّ: مُلِكَ هو وأبَواهُ. القاموس المحيط - (١ / ١٥٨٢).
6 - نهاية ورقة ٣٦٧ من (أ).

الإطلاق وإنما يصح في حال دون حال فإن هبته لا تصح، وذلك كالوقف والهدي والأضحية والمدبر، وحذف قوله في الأزهار " وَتَلْحَقُه الْإِجَازَةُ[١] "[٢] لأن ذلك قد فهم مما تقدم من أن العقود تلحقها الإجازة، وحذف أيضاً قوله "فَصْلٌ، وَيُقْبَلُ لِلصَّبِيِّ وَلِيُّهُ أَوْ هُوَ مَأْذُونًا"[٣] لدخول معنى ذلك تحت قوله "بين مطلقي تصرف غالباً" .

"فَصْـــــــلٌ"

[حكم الهبة على عوض]

"**وَتَصِحُّ على مالٍ مظهر فيكون بيعاً غالباً** "أي يصح عقد الهبة على عوض هو مال مظهر، نحو أن يقول وهبت لك هذا الشيء على هبة كذا، أو على هذا، فيقول الآخر قبلت ونحو ذلك، فتكون الهبة على هذا الوجه بيعاً يصححها ما يصححه، ويفسدها ما يفسده هذا مذهبنا، وهو قول أبي حنيفة [٤].

وللشافعية في بطلانها بذلك وجهان[٥] [٦].

قلنا: هي عقد تبرع فلا يبطلها شرط العوض كالعتق قالوا يتردد بين البيع والهبة [فلا يصح] [٧].

قلنا: الأحكام تختلف باختلاف الألفاظ ألا ترى أنه يصح الإحالة بما في ذمة عما في ذمة وإن لم يصح بيعه ويصح قرض درهم بدرهم غير حال وإن لم يصح بيعه كذلك.

قيل ع: وإنما تكون الهبة بيعاً إذا ملك العوض بنفس العقد، نحو أن يقول وهبت لك هذا على هبة كذا، فأما لو لم يملك بنفس العقد نحو أن يقول على أن تهب لي كذا فليست بيعاً لكن إن حصل العوض فلا رجوع وإن[٨] لم يحصل فله الرجوع وفاقاً بين الهادي والمؤيد[٩].

---

1 -في الأزهار "وتلحقها الإجارة "وهو تصحيف ، والصحيح ما أثبت .
2 - الأزهار - (١ / ١٣٧).
3 - المرجع السابق.
4 - البحر الزخار - (١٠ / ٣٠٣).و بدائع الصنائع (ج٦/ص١٣٢) .
5 - في (ب)"قولان"..
6 - المهذب (ج١/ص٤٤٧).
7 - الزيادة من (أ).
8 - في (ب)"فإن".
9 - شرح الأزهار - (٣ / ٤٣٨) .

فقوله "غالباً" احتراز من هذه الصورة التي ذكرها الفقيه ع.

قوله عليلم:" **ومُضْمَرٍ أَوْ غَرَضٍ ولَهُما حُكْمُ الْهِبَةِ غالباً** " أي [و] [1] يصح عقد الهبة على عوض مضمر غير منطوق به، وكذا على عوض منطوق [به] [2] أو مضمر.

مثال الأول: أن يهب إنسان لغيره شيئاً، وفي ضميره التماس عوض معين منه ويرجوا أن يعطيه إياه.

ومثال الثاني: أن تهب المرأة صداقها لزوجها استمالة لقلبه واستجلاباً لحسن عشرته، أو تهب لأجنبي شيئاً ليتزوجها، أو هو يهب لها لذلك فهذان النوعان لهما حكم الهبة المطلقة من دون عوض رأساً، فلا يصح رد الموهوب بعيب ولا روية، ولا يستحق فيه الشفعة، ولا يرجع به عند الاستحقاق وكذا سائر أحكام البيع .

وقوله: "غالباً" احتراز من بعض أحكام البيع فإنه يثبت لهما وهو الربا فلو وهب لغيره ذهباً ولم يذكر عوضاً، وفي ضميره أنه يعوضه ذهباً أكثر منه، فإن الزيادة لا تصح ذكره أبو مضر للمؤيد.

قال: وذلك لأن الاعتبار في مثل ذلك بالمقصود، والضمائر دون الألفاظ ولذلك لم يصح بيع المكره والملجأ [3].

قيل ع: ويأتي على أصل الهدوية، أن الهبة تبطل في الجميع لا في الزيادة فقط لأنهم يجعلون المضمر كالمظهر، وأما عند المؤيد فيرد الزيادة فقط، أما لو نطقا بذلك بطل الجميع إلا عند أبي حنيفة فالزائد لا غير انتهى [4].

وكلام المؤيد هنا يخالف كلامه في الإجارة على الخدمة والضمير المحظور، فلم يعتبر الضمير في ذلك، واعتبره في هذه المسألة فقيل له في الجميع قولان.

وقيل[ل ح] [5]: بل هما طرفان ففي عقود المعاوضة يقول لا تأثير للضمير كما في مسألة الإجارة وفي هذه يؤثر الضمير لأنه ليس بعقد معاوضة .

---

1 - الزيادة من (ب).
2 - الزيادة من (ب).
3 - الغيث المدرار ج٣(خ) .
4 - شرح الأزهار - (٣ / ٤٣٩).
5 - الزيادة من (أ).

نعـــــم: وإذا وقعت الهبة على عوض مال مضمر أو على عرض مظهر أو مضمرا كان للواهب الرجوع عن الهبة لتعذر المال المضمر أو الغرض على المذهب وعلى قول المؤيد إذا كان العوض غرضاً غير مال لم تبطل الهبة لتعذره بل يلغو الشرط [١].

قال في الغيث: ويرجع فوراً في الهبة المضمر عوضها عند علمه أو ظنه بتعذر العوض فلو تراخى لم يكن له الرجوع بعد ذلك، ووجهه أنه إذا علم بتعذر العوض وسكت كان كالشفيع الذي يعلم بالبيع ويسكت، والجامع بينهما أن كل واحد منهما تجوز[٢] له حق في ملك غيره فكان على الفور وهذا إذا كانت الهبة باقية يعني الموهوب فإن كانت تلفة فقيل[ح][٣]: لا يصح الرجوع لتعذر العوض، وعن السيد ح بل يرجع بقيمتها وهو القوي عندنا وقد أشرنا [إليه] [٤] في الأزهار لأنا أطلقنا أن له الرجوع ولم يقيده بالبقاء انتهى [٥].

وحيث يكون العوض [المضمر شيئاً معلوماً يتعين وحيث يكون مجهولاً يلزم قيمة الموهوب وإن كان العوض] [٦] ليس بمال ولا غرض لغا سواء كان مظهراً أم مضمراً ذكر معنى ذلك في الغيث وغيره،[٧] وإنما حذف المؤلف عليلم قوله في الأزهار " فَيَرْجِعُ لِتَعَذُّرِهِمَا وفَوْرًا فِي الْمُضْمَرُ "[٨] اكتفاء بما سيأتي من قوله وإن تراخى غالباً .

قال في الشرح: وحذف قوله في الأزهار " وَمَا وُهِبَ لِلَّهِ وَلِعِوَضٍ فَلِلْعِوَضِ "[٩] لدخول معنى ذلك في معنى قوله" وتصح على مال مظهر" إلى آخره، لأن عموم ذلك يقضي بأن الحكم للعوض سواء ذكر معه غيره أم لا فلم يحتج إليه.

وحذف قوله "وَلَيْسَ عَلَى الرَّاجِعِ مَا أَنْفَقَهُ الْمُتَّهَبُ"[١٠] لدخول معنى ذلك في الفصل الثاني انتهى .

تنبيـــهٌ: فإذا قال [الواهب] [١١] وهبت لك هذا الشيء لله [تعالى] [١] بعشرة دراهم كانت بيعاً بالعشرة الدراهم بلا خلاف.

---

1 - العيث المدرار ج٣(خ) .
2 - في الغيث "تجدد" .
3 - سقط من المخطوط .
4 - سقط من (ب).
5 - الغيث المدرار ج٣(خ) .
6 - سقط من (ب).
7 - الغيث المدرار ج٣(خ) .
8 - الأزهار - (١ / ١٣٧).
9 - المرجع السابق.
10 -المرجع السابق.
11 - الزيادة من (ب).

قال في الغيث: وقبول الهبة حيث يكون لله وللعوض بأن يقول قبلت ويسكت أو قبلت لله وللعوض [أو للعوض] [٢] فإن قال قبلت لله لم يصح لأن الواهب لعم يرض بخروج الشيء عن ملكه إلا بعوض انتهى [٣].

قوله عليلم: " **وَيصِحُّ الرُّجُوعُ في الهبة إلا لمانع وإن تراخى غالباً** " أي يصح للواهب أن يرجع عن الهبة أي هبة كانت ما لم يحصل مانعٌ من رجوعه فإن حصل أحد الموانع التي سنذكرها لم يصح رجوعه.

قال في البحر: "وَالْقِيَاسُ أَنْ لَا يَصِحَّ الرُّجُوعُ فِي الْهِبَةِ كَسَائِرِ التَّمْلِيكَاتِ لَوْلَا وُرُودُ الدَّلِيلِ فِي مَسَائِلَ " انتهى [٤].

ولا خلاف في كراهية الرجوع في الهبة على الجملة لنحو حديث ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وآله قال: "الْعَائِدُ في هِبَتِهِ كَالْعَائِدِ في قَيْئِهِ" هكذا في رواية أبي داود [٥]، وفي رواية الباقين إلا الموطأ قال:" ليس لنا مَثَلُ السَّوْءِ الذي يَعُودُ في هِبَتِهِ كَالْكَلْبِ يقيئ ثم يعود في قيئه" [٦].وفي رواية كَالْكَلْبِ يَقِيءُ ثُمَّ يَعُودُ فيأكله [٧].

وحديث عبدالله بن عمرو بن العاص أن رسول الله صلى الله عليه وآله قال مَثَلُ الذي يَسْتَرِدُّ ما وَهَبَ كَمَثَلِ الْكَلْبِ يَقِيءُ فَيَأْكُلُ قَيْئَهُ فإذا اسْتَرَدَّ[٨/] الْوَاهِبُ فَلْيُوَقَّفْ فَلْيُعَرَّفْ[٩/] بِمَا اسْتَرَدَّ ثُمَّ لِيُدْفَعْ إليه ما وَهَبَ " أخرجه أبو داود [١٠]، وفي معناه غيره.

وقد حصرت الموانع من الرجوع في الهبة في أمور:

---

1 - **الزيادة من (ب).**
2 - **الزيادة من (ب).**
3 - **الغيث المدرار ج٣(خ) .**
4 - **البحر الزخار (١٠ / ٣٠٩) .**
5 - **أخرجه أبو داود في سننه -كتاب الْإِجَارَةِ - بَاب الرُّجُوعِ في الْهِبَةِ -رقم٣٥٣٨ و هو صحيح (ج٣/ص٢٩١).ينظر (صحيح وضعيف سنن أبي داود - رقم٣٥٣٨ .**
6 - **أخرجه البخاري في صحيحه -كتَاب الْهِبَةِ وَفَضْلِهَا -بَاب لَا يَحِلُّ لِأَحَدٍ أَنْ يَرْجِعَ في هِبَتِهِ وَصَدَقَتِهِ -رقم٢٤٧٨ (ج٢/ص٩٢٤)–بلفظ" ليس لنا مَثَلُ السَّوْءِ الذي يَعُودُ في هِبَتِهِ كَالْكَلْبِ يَرْجِعُ في قَيْئِهِ ".**
7 - **أخرجه مسلم في صحيحه -كتاب الهبات- بَاب تَحْرِيمِ الرُّجُوعِ في الصَّدَقَةِ وَالْهِبَةِ بَعْدَ الْقَبْضِ إلا ما وَهَبَهُ لِوَلَدِهِ وَإِنْ سَفَلَ - رقم١٦٢٢. بلفظ " مَثَلُ الذي يَرْجِعُ في صَدَقَتِهِ كَمَثَلِ الْكَلْبِ يقيء ثُمَّ يَعُودُ في قَيْئِهِ فَيَأْكُلُهُ "(ج٣/ص١٢٤٠).**
8 - **نهاية ورقة ٣٨٧ من (ب).**
9 - **نهاية ورقة ٣٦٨ من (أ).**
10 -**أخرجه أبو داود في سننه -كتاب الْإِجَارَةِ -بَاب الرُّجُوعِ في الْهِبَةِ -رقم٣٥٤٠ (ج٣/ص٢٩١)وهو حسن . ينظر صحيح وضعيف سنن أبي داود - رقم٣٥٤٠ .**

أولها: أن تقع الهبة على عوض مال مشروط أو معقود عليه يملك بالعقد كعلي هبة كذا ولا يملك به وحصل، كعلي أن تهب لي كذا فوهبه له، وكذا لو كان العوض مضمراً أو غرضاً وحصلا فإنه يمتنع الرجوع في الهبة بذلك إذ هي كالبيع .

الأمر الثاني: أن يقع الرجوع بعد موت الواهب أو المتّهب فإن ذلك يمنع الرجوع لانتقال الملك .

الأمر الثالث: أن يكون قد استهلك الشيء الموهوب حساً أو حكماً فالحسي كإتلافه، والحكم كالعتق والتدبير والخلط بما لا يتميز ولو بمثلي كالنقد.

قيل: إجماعا، وكالبيع والهبة لتعلق الحق بالعين.

قال في البحر: فَإِنْ رَجَعَتْ فَوَجْهَانِ تَعُودُ لِعَوْدِ الْعَيْنِ وَلَا، وَهُوَ الْأَصَحُّ،

إذْ مَلَكَهَا إلَّا مِنْ جِهَةِ الْوَاهِبِ [١].

قيل: إلا أن يرجع إليه بخيار الشرط أو الرؤية أو بالحكم في العيب أو الفساد فلا يمنع الرجوع ويمنع من الرجوع سائر الاستهلاكات الحكمية .

قيل: إلا الذبح[٢] وقطع الشجر فَإِنْ كَانَ قَدْ أَجَّرَ أَوْ أَنْكَحَ صَحَّ الرُّجُوعُ وَلَمْ يَبْطُلَا، وَالْوَجْهُ ظَاهِرٌ [٣].

قال الإمام ح: وَإِنْ [٤] كَانَ قَدْ تَعَلَّقَ بِرَقَبَتِهِ حَقٌّ بِجِنَايَةٍ أَوْ رَهْنٍ أَوْ حَجْرٍ فَلَا رُجُوعَ ، وَلِلْوَاهِبِ فَكُّهُ مِنْ الْجِنَايَةِ لِيَرْجِعَ فِيهِ، لَا مِنْ الرَّهْنِ، إذْ يَكُونُ فَسْخًا لِعَقْدٍ قَدْ تَقَرَّرَ فَلَا يَصِحُّ كَالْبَيْعِ، ويحتمل أن لا يمنع الراهن من الرجوع إذ ليس باستهلاك ويلزم المتهب إبداله [٥].

الأمر الرابع: أن يكون الموهوب ديناً فلا يصح الرجوع فيه لأن هبته إسقاط.

الأمر الخامس: أن تكون العين الموهوبة به قد زادت في يد المتهب زيادة متصلة كالسمن والكبر، وكذا زيادة الشجر فإن سمّن الحيوان ثم هزل فقيل ع يمتنع الرجوع إذ لا يعلم أن الأجزاء الناقصة بالهزال هي الأجزاء الزائدة بالسمن، وقيل لا يمنع ذلك [٦].

---

1 - البحر الزخار (١٠ / ٣١٨) .
2 - في(ب)"الربح".
3 - البحر الزخار - (١٠ / ٣١٨) .
4 - في(ب)"وإن".
5 - المرجع السابق.
6 - الغيث المدرار ج٣(خ) .

وفي زيادة الأرض بالبناء والغرس احتمالان .

قال في الانتصار: وزيادة المعاني كالصنعة وتعلم القرآن لا يمنع الرجوع، وقيل فإن نسيها ثبت الرجوع اتفاقاً، وأما الزيادة المنفصلة فلا يمنع كالحمل والثمر ولو مع اتصالهما وهما للمتهب وقال المنصور:للواهب، وأما النقصان فلا يمنع من الرجوع اتفاقاً، ويرجع المتهب على الواهب بما غرمه في حرث الأرض، وحصد الزرع وقصارة الثوب ونحوهما مما [لا] [١] يصح معه الرجوع إذ هو غارٌ له [٢].

الأمر السادس: أن تكون الهبة لله عزوجل فلا يصح الرجوع فيها إجماعا إذ هي لأجل الأجر الأخروي فكانت كالهبة على عوض .

الأمر السابع: أن تكون الهبة لذي رحم محرم إجماعا للأجر.

قال المؤيد: ولا يحتاج في ذلك إلى قصد الصلة لحصولها، [٣] يعني ما لم يقصد غيرها، وكذا من يلي المحرم بدرجة كابن العم وابن الخال عند الهادي والسيدين [٤].

وقال أبو حنيفة: يصح الرجوع في حق من عدا الرحم [٥].

[و] [٦] حجة الهادي حديث ابن عباس وابن عمر أن النبي صلى الله عليه وآله قال:" لَا يَحِلُّ لِرَجُلٍ أَنْ يُعْطِيَ عَطِيَّةً أو يَهَبَ هِبَةً[٧] فَيَرْجِعَ فيها إلا الْوَالِدَ فِيمَا يُعْطِي وَلَدَه..." وهو طرف من حديث أخرجه أبو داود والترمذي [٨].

قال في البحر قُلْت: وَالْأَجَانِبُ خرجوا بِالدَّلِيلِ [٩].

وحجة أبي حنيفة حديث عمر أن النبي صلى الله عليه وآله قال:" من وهب لذي رحم محرم هبة فليس له أن يرجع فيها ومن وهب لغير ذي رحم محرم فله أن يرجع إلا أن يثيبه عليها"، هكذا روي،[١٠] والذي أخرجه الموطأ عن عمر موقوفاً عليه [١].

---

1 - سقط من(أ).

2 - الانتصار على علماء الأمصار ج٦ (خ) والمرجع السابق .

3 - البحر الزخار - (١٠ / ٣٢١).

4 - المرجع السابق.

5 - المبسوط للسرخسي (ج١٢/ص٤٩). والبحر الرائق (ج٧/ص٢٩٤). والبحر الزخار - (١٠ / ٣٢١).

6 - الزيادة من(ب).

7 - في(ب)"منه" والصحيح ما أثبت.

8 -أخرجه أبو داود في سننه -كتاب الْإِجَارَةِ -بَاب الرُّجُوعِ في الْهِبَةِ -رقم٣٥٣٩ (ج٣/ص٢٩١)و الترمذي في سننه - كِتَاب الْبُيُوعِ - بَاب ما جاء في الرُّجُوعِ في الْهِبَةِ -رقم١٢٩٨(ج٣/ص٥٩٢) وهو صحيح . ينظر (صحيح وضعيف سنن أبي داود - رقم٣٥٣٩ .

9 - البحر الزخار - (١٠ / ٣٢١) .

10 - ليس بحديث وإنما هو من قول بَعْضِ أَهْلِ الْعِلْمِ من أَصْحَابِ النبي صلى الله عليه وسلم وَغَيْرِهِمْ . ينظر سنن الترمذي - كِتَاب الْبُيُوعِ - بَاب ما جاء في الرُّجُوعِ في الْهِبَةِ -رقم١٢٩٩ (ج٣/ص٥٩٣).

قال: ومن وهب هبة لصلة رحم أو على وجه صدقة فإنه لا يرجع فيها ومن وهب هبة يعلم أنه أراد بها الثواب فهو على هبته إن لم يرض منها [٢]، وفي الشفاء عن علي عليلم بمعناه [٣] والله أعلم.

وأما من يلي المحرم بدرجتين فصاعداً فكالأجنبي.

مسألة: فأما الأب فيصح رجوعه فيما وهب لطفله عند القاسمية والشافعي وأحمد وظاهر قول المؤيد وغيرهم لقوله صلى الله عليه وآله" إلا الوالد فيما يعطي ولده" وقد تقدم قريباً، وعن الحنفية وخرج للمؤيد [بالله] [٤] لا يصح لعموم قوله صلى الله عليه وآله "الراجع في هبته كالراجع في قيئه"[٥] ونحوه [٦].

قلنا: مطلق فيحمل على المقيد جمعاً بين الأخبار، وقال مالك إن ظهر نفعها للولد بأن أمنه الناس وزوجوه فلا رجوع وإلا فله الرجوع.

قلنا: لم يفصل الدليل ولا يرجع الأب فيما وهبه لولده الكبير لارتفاع ولا يته عليه كالأجنبي، وقال المنصور والشافعي يصح لعموم الخبر وقواه المهدي عليلم في البحر [٧].

فــــــرع: عن الأحكام والأخوين والإمام ح، وليس للأم الرجوع إذ رجوع الأب مخالف للقياس فلا يقاس عليه، وقال المرتضى والشافعي لفظ الولد يعمهما وقواه المهدي عليلم [٨].

وكذا ليس للجد ما للأب عند العترة وقول للش إذ تسميته والداً مجاز، وعن الأوزاعي وأحمد وإسحاق وبعض الشافعية بل للجد والجدة ما للأب والأم من الرجوع [٩].

لنا: ما تقدم من منع القياس.

فــــــرع: وَالْبِنْتُ كَالِابْنِ فِي ذَلِكَ إجْمَاعًا، إذْ هِيَ وَلَدٌ [١٠].

---

1 -أخرجه مالك في الموطأ- كتاب الأقضية -باب الْقَضَاءِ فِي الْهِبَةِ -رقم١٤٤٠(ج٢/ص٧٥٤).

2 - أخرجه البيهقي في السنن الكبرى - جماع أبواب عطية الرجل ولده - باب المكافأة في الهبة -رقم١١٨٠٨ (ج٦/ص١٨٢).

3 - شفاء الأوام - (٣ / ٣٤).

4 - الزيادة من(ب).

5 - العجالة في الأحاديث المسلسلة - لأبي الفيض محمد ياسين بن محمد عيسى الفاداني المكي، -دار البصائر - دمشق - ١٩٨٥، الطبعة: الثانية (ج١/ص٧٢).

6 -البحرالزخار(١٠/٣١٠).وروضة الطالبين(ج٥/ص٣٧٩).والمهذب(ج١/ص٤٤٧).والإنصاف للمرداوي(ج٧/ص١٦٣) والمغني (ج٥/ص٣٩٠).

7 - البحر الزخار (١٠ / ٣١٠). وروضة الطالبين (ج٥/ص٣٧٩)والمهذب (ج١/ص٤٤٧).

8 -المرجع السابق .

9 -البحر الزخار (١٠ / ٣١٢).والمهذب (ج١/ص٤٤٧). وروضة الطالبين (ج٥/ص٣٧٩). والكافي في فقه ابن حنبل (ج٢/ص٤٦٩) والمغني (ج٥/ص٣٩٠) .

10 - المرجع السابق .

فــــرع: وليس للأب الرجوع في الصدقة على ولده لملازمتها القربة كالعتق، وعن المنصور [بالله] [١] وأحد قولي ش يصح كما في الهبة [٢].

قلنا: لا يقاس على ما خالف القياس [٣].

نعـــم: وقول المؤلف عليلم وإن تراخى يعني الرجوع عن الهبة فإن تراخيه لا يمنع من صحته حيث يصح.

وقوله "غالباً" احتراز من الهبة على عوض مضمر، أو على عوض مشروط لا يملك بنفس العقد فإن الرجوع فيهما يجب أن يكون على الفور وإلا لم يصح كما تقدم.

مســألة: ولا يحتاج في الرجوع إلى حكم[٤] بل يكفي قوله رجعت كخيار الشرط والرؤية هكذا عن الناصر، وتخريج م بالله وهو قول الشافعي وأبي يوسف [٥].

وعن أبي حنيفة ومحمد وتخريج أبي طالب يحتاج إذ هو نقل ملك كالرد بالعيب [٦].

قلنا: بل رجوع عن تمليك كالرجوع عن الوصية.

سلمنا فقد قال صلى الله عليه وآله "إلا الْوَالِدَ"[٧] فلم يعتبر الحكم [٨].

مســألة: والقبض ليس بشرط في صحة الهبة عند القاسم والهادي وأبي العباس وأبي طالب ومالك وأحمد وهو مروي عن علي [عليلم] [٩] وابن مسعود وشريح [١٠].

وقيل: بل يشترط وهو المروي عن الأربعة الخلفاء وابن عمر وعائشة والباقر والصادق والفريقين والأكثر[١١] لحديث هدية النجاشي وسيأتي، ولحديث عائشة قالت نحلني أبي جَادَّ[١٢] عِشْرِينَ وَسْقًا من [مَالِهِ بِالْغَابَةِ] [١٣] فلما حَضَرَتْهُ الْوَفَاةُ قال وَالله يا بُنَيَّةُ ما منَ الناس أَحَدٌ أَحَبُّ إلي غِنًى [بَعْدِي مِنْكِ] [١] وَلاَ أَعَزُّ عَلَيَّ فَقْرًا بَعْدِي مِنْكِ وَإِنِّي كنت نَحَلْتُكِ

---

1 - الزيادة من(ب).

2 - البحر الزخار (١٠ / ٣١٣). والمهذب (ج١/ص٤٤٧). وروضة الطالبين (ج٥/ص٣٨٠) وهو الأصح في المذهب.

3 -البحر الزخار (١٠ / ٣١٣).

4 - في(ب)"حاكم".

5 - البحر الزخار (١٠ / ٣١٩). وأسنى المطالب في شرح روض الطالب (ج٢/ص٤٨٤). والبحر الرائق (ج٧/ص٢٩٣).

6 - البحر الزخار (١٠ / ٣١٩). والبحر الرائق (ج٧/ص٢٩٣) .

7 - أخرجه أبو داود في سننه -كتاب الْإِجَارَةِ -بَاب الرُّجُوعِ في الْهِبَةِ -رقم٣٥٣٨ (ج٣/ص٢٩١) .

8 - البحر الزخار - (١٠ / ٣١٩) .

9 - الزيادة من(ب).

10 - البحر الزخار (١٠ / ٢٨٤) و شرح الأزهار (٣ / ٤٣٦)و الإنصاف للمرداوي (ج٧/ص١١٩). و الشرح الكبير (ج٤/ص١٠٠).و التاج والإكليل (ج٦/ص٥٧). و المغني (ج٥/ص٣٧٩، ٣٨٠).

11 - المرجعين السابقين و المغني (ج٥/ص٣٧٩).

12 - جاد بالجيم والدال المهملة ، الجاد بمعنى المجدود .تعليق في الحاشية من (ب).

13 -في المخطوط "من مال الغابة" بدل ما بين المعقوفتين والصحيح ما أثبت.

أَحَدٌ أَحَبُّ إلي غِنًى [بَعْدِي مِنْكِ] [1] وَلاَ أَعَزُّ عَلَيَّ فَقْرًا بَعْدِي مِنْكِ وَإِنِّي كنت نَحَلْتُكِ جَادَّ عِشْرِينَ[/2] وَسْقًا [فَلَوْ كُنْتِ جَدَدْتِيهِ وَاحْتَزْتِيه[/3] كان لَكِ] [4] وَإِنَّمَا هو الْيَوْمَ مَالُ وَارِثٍ[5] وَإِنَّمَا هُمَا[6] أَخَوَاكِ وَأُخْتَاكِ فَاقْتَسِمُوهُ[7] على كِتَابِ الله قالت عَائِشَةُ فقلت يا أَبَتِ[8] [وَالله][9] لو كان كَذَا وَكَذَا لَتَرَكْتُهُ إنما هِيَ أَسْمَاءُ فَمَنِ الأُخْرَى فقال أبو بَكْرٍ ذُو بَطْنِ بِنْتِ[10] خَارِجَةَ[11] أُرَاهَا جَارِيَةً" أخرجه الموطأ[12] ونحوهما، قالوا: ولم ينكر فكان إجماعا.

قلنا: لا إجماع مع مخالفة علي وابن مسعود أو أحدهما [13].

فــــرع: له وَلَا يَقْبِضُ إلَّا بِإِذْنِ الْوَاهِبِ وَإِلَّا فَلَا مِلْكَ ، وقال أبو حنيفة: إلا أن يقبضه في مَجْلِسِ الْعَقْدِ ، قالوا ولا يكفي الإذن قبل العقد ويبطل الإذن بالرجوع وإنما يحصل الملك من عند القبض إذ هو شرط وإذا مات الواهب قبل القبض فوجهان، وإن مات المتهب قبله بطلت بكل حال [14].

نعـــم: وإنما عدل المؤلف [عليلم] [15]عن عبارة الأزهار بأن جعل الفصلين فصلاً واحداً لكونهما في أحكام الهبة، وترك تعيين الموانع للاختصار .

قوله عليلم: **وَلَيْسَ عَلَى الرَّاجِعِ مَا أَنْفَقَهُ الْمُتَّهَبُ** " أي لا يجب على الراجع عن الهبة أن يغرم للمتهب ما كان أنفقه على الموهوب حال ملكه له إذ هو متفق على ملكه، وذلك كنفقة العبد وعلف الدابة ونحوهما، وأما حرث الأرض وقصارة الثوب ونحوهما مما هو للنماء لا للبقاء فيرجع به إذ هو مغرور من جهته كما تقدم .

---

1 -في المخطوط "منك بعدي " بدل ما بين المعقوفتين.
2 - نهاية ورقة ٣٨٨ من (ب).
3 - نهاية ورقة ٣٦٩ من (أ).
4 -في المخطوط " ولو كنت جذذته واخترته لكان لك " بدل ما بين المعقوفتين.
5 -في المخطوط "الوارث ".
6 -في المخطوط "هم ".
7 -في المخطوط " فاقتسموا " .
8 -في المخطوط "أبه" .
9 -سقط من المخطوط .
10 -في المخطوط "ابنة" .
11 - هي حبيبة بنت خارجة بن زيد زوجة أبي بكر كانت ذلك الوقت خارجة فولدت أم كلثوم انتهى . نصب الراية ج٤/ص١٢٢. وقيل هي بنت زيد بن خارجة ويقال اسمها مليكة والصواب الأول (الوافي بالوفيات - (٤ / ٨٦) .
12 - أخرجه مالك في الموطأ -كتاب الأقضية -باب ما لاَ يَجُوزُ مِنَ النُّحْلِ -رقم١٤٣٨ (ج٢/ص٧٥٢).و البيهقي في السنن الكبرى - كتاب الفرائض - باب ميراث الحمل(ج٦/ص٢٥٧) وهو صحيح . ينظر إرواء الغليل(٦ / ٦١).
13 - البحر الزخار - (١٠ / ٢٨٤) .
14 - المرجع السابق و البحر الرائق (ج٧/ص٢٨٥) .
15 - الزيادة من (ب).

وإنما أخر المؤلف [عليلم] [1]هذه المسألة إلى هذا الموضع لأنها من أحكام الرجوع فحسن ذكرها في فصل الرجوع .

قوله عليلم:" **وَرَدُّهَا فَسْخٌ** " يعني أن رد المتهب للهبة فسخ لعقدها وليس بتمليك فلا تلحقه الإجارة ويصح قبوله، ولو في غير المجلس ويصح تعليقه بالشرط المستقبل، ولا يصح الرجوع عنه قبل قبوله، ويصح في المجهول، وقال المؤيد: بل ردها بالملك فينعكس الأحكام المذكورة، وكذا الخلاف في رد كل عقد يرد عليه، وأما ما [لا] [2] يرد عليه الفسخ كالنكاح، كأن تقول المرأة لزوجها رددت عليك مهري، فقيل ح يكون لغواً إذ الفسخ بالتراضي لا يرد على النكاح فكذا عوضه، وقيل غير ذلك، [3] وأما الرد الذي لا يرد على عقد كقول القائل لغيره ابتداء رددت عليك هذا المال فيرجع فيه إلى العرف.

قال المهدي عليلم: وعرفنا أنه ليس بتمليك [4].

قوله عليلم:" **وتَنْفُذُ مِنْ**[5] **رأس الْمَالِ فِي الصِّحَّةِ** " وكذا في المرض غير المخوف، وهذا قول الأحكام والسيدين والفريقين لعموم قوله صلى الله عليه وآله لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب[6] من نفسٍ منه "[7] ولم يفصل [8] وعلى قول المنتخب لا ينفذ إلا الثلث لقوله تعالى": **(**وَلاَ تَبْسُطْهَا كُلَّ الْبَسْطِ **)** [9]الآية [10].

وخير وصية سعد بن أبي وقاص عين ذلك في الثلث كما سيأتي.

قلنا: معارض بما روي أن أبا بكر أعان في الجهاد بجميع ماله وعمر بنصف ماله ولم ينكره صلى الله عليه وآله وقد تقدم.

قال المؤيد بالله: ولا قائل بذلك غير الهادي عليلم [11].

---

1 - الزيادة من (ب).
2 - الزيادة من (ب).
3 - شرح الأزهار - (٣ / ٤٤٣).
4 - المرجع السابق.
5 - في (أ)"في".
6 - في (ب)"بطيبة".
7 - سبق تخريجه صـ٤١٦ .
8 -البحر الزخار - (١٠ / ٢٩٤).و الأحكام في الحلال والحرام (٢ / ١٩٨).و البحر الرائق (ج٤/ص٢٦٧). و الأم (ج٤/ص١٠٤).
9 - الإسراء:٢٩.
10 - البحر الزخار - (١٠ / ٢٩٤)والمنتخب (٣٣٨) .
11 - البحر الزخار - (١٠ / ٢٩٤) .

قال في البحر: قُلْنَا وَلَيْسَ مُخَالِفًا لِلْإِجْمَاعِ، إذْ لَمْ يُصَرِّحُوا بنقيضه، وَأَمَّا فِي الْمَرَضِ فَمِنْ الثُّلُثِ اتِّفَاقًا [1].

وإنما حذف قوله في الأزهار" وَإِلَّا فَمِنْ الثُّلُثِ " [2] للعلم بذلك كما في ساير التبرعات في المرض.

قال القاضي زيد: وعلى قول المنتخب يكون الثلثان إباحة يصح الرجوع فيها مع البقاء[3].

فـــــرعٌ: فَلَوْ وَهَبَ جميع مَالَهُ من رَجُلٍ ثُمَّ من ثَانٍ ثُمَّ من ثَالِثٍ، كَانَ لِلْأَوَّلِ على قول الأحكام حَيْثُ لَا يصح الرُجُوعَ.

قال الإمام ح: وَعَلَى قَوْلِ المنتخب يشْرِكُونَ فِي الثُّلُثِ.

قال في البحر: " قُلْت: لَعَلَّهُ سَهْوٌ، بَلْ يُرِيدُ أَنَّ لِلْأَوَّلِ ثُلُثَ الْكُلِّ، وَلِلثَّانِيَّ ثُلُثَ الثُّلُثَيْنِ، وَلِلثَّالِثِ ثُلُثَ الْبَاقِي"[4].

قوله عليلم: " **وَيَلْغُو شَرْطٌ نحو خلاف مُوجِبَهَا** "قال في الشرح: أراد "بخلاف الموجب" أن يشرط الواهب على المتهب أن لا يبيعها أو نحو ذلك، وأراد "بالنحو" كل شرط ليس بمال ولا غرض كأن يقول وهبتك هذا بشرط أن لا تحرك أصبعك أو لا تنام ليلتك إذا لم يكن له في ذلك غرض، فالعقد مع ذلك الشرط صحيح ويلغو الشرط وهذا مذهبنا وهو قول ح والشافعي أن الشروط الفاسدة لا تفسد الهبة [5].

قال أبو مضر: لأن الهبة عقد تبرع فلا يؤثر الشرط في إبطاله [6].

قال في الغيث: يعني أنها ليست معاوضة، وإنما هي إحسان محض فلا تأثير للشروط فيها بخلاف المعاوضات [7].

---

1 - المرجع السابق.
2 - الأزهار - (١ / ١٣٧).
3 - الجامع في الشرح (خ).
4 - البحر الزخار - (١٠ / ٢٩٥) .
5 -شرح الأزهار - (٣ / ٤٤٥). و بدائع الصنائع (ج٦/ص١١٧). و إعانة الطالبين (ج٣/ص١٤٦).و حاشية البجيرمي (ج٣/ص٢١٨).
6 - شرح الأزهار - (٣ / ٤٤٥)بنحوه .
7 - الغيث المدرار ج٣(خ) .

وفي التقرير عن الناصر أن الشروط الفاسدة تفسد [الهبة] [١]، وعن [الناصر و] [٢] المنصور أنها إذا وقتت لم تصح، ولا خلاف أنها إذا علقت بوقت مستقبل بطلت كالبيع والله أعلم [٣].

قوله عليلم:" **وَالْبَيْعُ وَنَحْوُهُ رُجُوعٌ وَعَقْدٌ** " فإذا باع الواهب الشيء الموهوب من غير المتهب أو رهنه لغيره أو نذر به عليه أو نحو ذلك كان ذلك رجوعاً عن الهبة الأولى وعقداً للبيع الثاني ونحوه.

قال في الغيث: هكذا ذكر أصحابنا بالمعنى، وفيه نظر لأنه عند أن لفظ بالبيع كانت العين في ملك الموهوب له فيكون رجوعه صحيحاً ولكن لا يكون ذلك بيعاً،

وقد تقدم نظيره في الإجارات انتهى [٤].

قال في الشرح: ومثل كلامه ذكره[٥] المذاكرون، والصحيح ما صدره المؤلف عليلم في الأثمار من أن البيع ونحوه رجوع وعقد لا يصح القياس على ما تقدم في الاجارات، لأن الفسخ هنا متوقف على اختيار الواهب لا الموهوب له، وهناك على اختيار المستأجر فوقع الفسخ هنا بابتداء العقد الثاني، فنفذ العقد الثاني بخلاف ما تقدم فلم يقع الفسخ بعد العقد المؤجر بل إجازة[٦] المستأجر وهي متأخرة عن العقد فلم يصح القياس مع الفرق، ولا يصح أيضاً ما ذكره أبو مضر وابن أبي الفوارس من قياس مسألة الإجارة على مسألة الهبة في صحة الفسخ، وانعقاد العقد الثاني للفرق انتهى [٧].

وقال في الغيث: واعلم أنه إنما يصح البيع عند أصحابنا إذا كانت الهبة مما يصح الرجوع فيها فإن[٨] كان الرجوع فيها لا يصح، لم ينفذ البيع بلا خلاف بين السادة.

واختلف أصحابنا: هل يحتاج في نفوذ البيع هنا إلى حكم حاكم أولا يحتاج ؟

فقال المؤيد: ظاهر كلام الهادي أنه لا يحتاج لأنه قال كان البيع صحيحاً ولم يكن للموهوب [له] [٩] سبيل على المشتري، ومثله حكى في شرح الإبانة عن الناصر

---

1 - سقط من (أ).
2 - الزيادة من (أ).
3 - التقرير في شرح التحرير (خ) .
4 - الغيث المدرار ج٣(خ) .
5 - في (أ)"ذكر".
6 - في (ب)"بإجازة".
7 - الجامع في الشرح (خ).
8 - في (ب)"وإن".
9 - سقط من (أ).

والشافعي[١]، وقال أبو طالب وأبو حنيفة وأصحابه واختاره المؤيد [بالله] [٢]: أنه[٣] يحتاج إلى الحاكم[٤].

قال: وإطلاق يحيى [عليلم] [٥] لا يدل على أنه لا يعتبر حكم الحاكم، **واعلم** أن هذا الخلاف إنما هو مع المشاجرة وأما مع المراضاة، فلا يحتاج إلى حكم حاكم اتفاقاً بين السيدين انتهى [٦].

وحذف المؤلف

[عليلم] [٧] قوله في الأزهار"وَلَوْ بَعْدَ التَّسْلِيمِ"[٨] استغناءً عنه بإطلاق العبارة كما في غير هذا الموضع للاختصار.

---

1 - روضة الطالبين (ج٥/ص٣٨٤).

2 - الزيادة من (ب).

3 - بعدها لفظة "لا" زيادة من (ب) غير صحيحة.

4 - المبسوط للسرخسي (ج١٣/ص١٠٣) .

5 - الزيادة من (ب).

6 -الغيث المدرار ج٣(خ) .

7 - الزيادة من (أ).

8 - الأزهار - (١ / ١٣٧).

فَصْـــــلٌ [١/]

[في أحكام الصدقة]

"**وَالصَّدَقَةُ في الحكم كَالْهِبَةِ غالباً**" يعني أن حكم الصدقة حكم الهبة في جميع ما تقدم إلا ما احترز [عنه][٢] بقوله "غالباً" وذلك أمران:

أحدهما: أن القبض فيها يغني عن القبول بخلاف[٣/] الهبة .

قيل: ولو وقع القبض في غير المجلس، واستدل في البحر على أن القبض يغني عن القبول لقوله[٤] صلى الله عليه وآله أو تصدقت فأمضيت قال والإمضاء هو الاقباض [٥].

قلت: ولفظ الحديث في أصول الأحكام والشفاء عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال:"مَالَكَ من مالِكَ إلا ما أكلت فأفنيت، أو لبست فأبليت، أو تصدقت فأمضيت" انتهى [٦].

ولفظه فيما أخرجه مسلم من رواية أبي هريرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله:" يقول الْعَبْدُ مَالِي مَالِي إنما له من مَالِه ثَلَاثٌ ما أَكَلَ فَأَفْنَى أو لَبِسَ فَأَبْلَى أو أَعْطَى فَاقْتَنَى[١] وما سِوَى ذلك فَهُوَ ذَاهِبٌ وَتَارِكُهُ لِلنَّاسِ" [انتهى] [٢][٣].

---

1 - نهاية ورقة ٣٨٩ من (ب).
2 - الزيادة من (أ).
3 - نهاية ورقة ٣٧٠ من (أ).
4 - في(ب)"بقوله".
5 - البحر الزخار - (١٠ / ٣٠٥) .
6 - أصول الأحكام في الحلال والحرام - (٢ / ١٠٥). و شفاء الأوام - (٣ / ٢٩) وهو في صحيح مسلم عن مُطَرِّف عن أبيه قال أَتَيْتُ النبي r وهو يَقْرَأُ أَلْهَاكُمْ التَّكَاثُرُ قال يقول بن آدَمَ مَالِي مَالِي قال وَهَلْ لك يا بن آدَمَ من مَالِكَ إلا ما أَكَلْتَ فَأَفْنَيْتَ أو لَبِسْتَ فَأَبْلَيْتَ أو تَصَدَّقْتَ فَأَمْضَيْتَ " - كِتَاب الزُّهْدِ وَالرَّقَائِقِ -رقم٢٩٥٨ (ج٤/ص٢٢٧٣).

قال في البحر: وَلِإِجْمَاعِ الْمُسْلِمِينَ عَلَى دَفْعِ صَدَقَةِ التَّطَوُّعِ كَذَلِكَ، وَلَا يَلْزَمُ كَوْنُهَا إبَاحَةً وَإِلَّا لِمَا جَازَ التَّصَدُّقُ [بها] (٤) انتهى (٥).

الأمر الثاني: امتناع الرجوع فيها لا في الهبة.

قال في البحر: وَلَا يَصِحُّ الرُّجُوعُ فِيهَا، وَلَا تَقْتَضِي الثَّوَابَ إجْمَاعًا فِيهِمَا " انتهى (٦).

قيل :

وكذا الهبة التي يقصد(٧) بها القربة حكمها حكم الصدقة (٨).

قوله عليلم: " **ويقتضي الثَّوَاب ولا يقتضيه** " أراد بلفظ الثواب الأجر الأخروي من الله عزوجل فإن الصدقة تقتضيه ولذلك امتنع الرجوع فيها إذ هي كالهبة على عوض وأراد بالضمير الراجع إلى الثواب الدنيوي وهو العرض(٩) من المتصدق عليه، ومثل هذا يسمى الاستخدام في فن البديع، وهو حيث يكون للفظ معنيان فيراد بظاهره أحدهما وتضميره الآخر، وفي بعض النسخ ويقتضي الثواب لا الثواب والمعنى كما تقدم، وفي كلتا النسختين إيهام التناقض الشبيه بايهام التضاد من فن البديع .

قال في الشرح: وإنما عدل عن قوله في الأزهار "وعَدَمُ اقْتِضَاءِ الثَّوَابِ"(١٠) إلى عبارة الأثمار لما في عبارة الأزهار من الإجمال، إذ الثواب يحتمل ثواب الآخرة والثواب الدنيوي بل هو أصرح في الأول، قال: ولما كان ذلك يحتاج إلى ذلك التفصيل أفرده المؤلف [عليلم](١١) بالذكر ولم يكيف بدخوله في لفظة "غالبا" انتهى (١٢).

فائـــــدة: قال في البحر:" وَالصَّدَقَةُ(١٣) عَلَى الْغَنِيِّ لَيْسَتْ بِهِبَةٍ فَلَا رُجُوعَ، إذْ [هو] (١٤) مَوْضُوعُ الصَّدَقَةِ الْقُرْبَةُ.

---

1 - في المخطوط "فأبقى" .
2 - الزيادة من (ب).
3 -أخرجه مسلم في صحيحه -كِتَاب الزُّهْدِ وَالرَّقَائِقِ -رقم٢٩٥٩ (ج٤/ص٢٢٧٣) .
4 - الزيادة من المخطوط .
5 - البحر الزخار - (١٠ / ٣٠٥) .
6 - البحر الزخار - (١٠ / ٣٠٦) .
7 - في (ب)"القصد".
8 - المرجع السابق.
9 - في (ب)"العوض".
10 - الأزهار - (١ / ١٣٨).
11 - الزيادة من (أ).
12 -الجامع في الشرح (خ).
13 - في المخطوط "فالصدقة" وفي البحر ما أثبته.
14 - الزيادة من (أ).

أبو حنيفة: بَلْ هِبَةٌ فَيَصِحُّ الرُّجُوعُ، إذْ لَا قُرْبَةَ [1].

قُلْنَا: الْإِحْسَانُ قُرْبَةٌ، وَكَتَسْبِيلِ الْمَسْجِدِ وَالطَّرِيقِ، وَإِنْ لَمْ يُخْتَصَّ الْفُقَرَاءُ [2].

تنبيـــــهٌ: قال في الغيث: فلو ادعى المتصدق أنه أراد العوض، لم يكن القول قوله بخلاف الهبة، فإنها تقتضي الثواب عند ط، قال: وهو الأظهر من مذهب أصحابنا.

قال في الشرح: وهو قول ك وأحد قولي ش، وقال المؤيد وأبو حنيفة وأحد قولي ش، قال في شرح الإبانة: وهو قول عامة أهل البيت [عليلم] [3]

أن الهبة لا تقتضي الثواب كالصدقة [4].

قال في الانتصار: خلاف السيدين إذا وهب لمن فوقه لا لمن دونه أو لنظيره فلا خلاف أنها لا تقتضي الثواب وهو المفهوم من كلام الشرح [5].

قيل ح: الخلاف بين هؤلاء إذا لم يحصل ظن بأنه أراد العوض أو أنه لم يرده فأما إذا حصل ظن عمل عليه وفاقاً.

قال: والخلاف إنما هو في لزوم العوض فيما بينه وبين الله تعالى لا في أنه يصح من الواهب أن يدعي.

وقيل ل: إذا أدعى أنه أراد العوض قبل عند ط لا عند المؤيد انتهى [6].

واحتج أبو طالب بما رواه أبو هريرة أَنَّ أَعْرَابِيًّا أَهْدَى إلى رَسُولِ اللَّهِ صلى الله عليه وآله بَكْرَةً فَعَوَّضَهُ منها ستَّ بَكَرَاتٍ فَتَسَخَّطَ[7] فَبَلَغَ ذلك النبي صلى الله عليه وآله فَحَمِدَ اللَّهَ وَأَثْنَى عليه ثُمَّ قال إنَّ فُلَانًا أَهْدَى إلي بكرة[8] فَعَوَّضْتُهُ منها ستَّ بَكَرَاتٍ فَظَلَّ سَاخِطًا [وَ] [9]

---

1 - الدر المختار (ج٥/ص٦٩٨).
2 - البحر الزخار - (١٠ / ٣٠٧) .
3 - الزيادة من (ب).
4 -الجامع في الشرح (خ) و شرح الإبانة (خ) المدونة الكبرى (ج١٥/ص١٢٩).و الشرح الكبير (ج٤/ص٩٧).والأم (ج٤/ص٦١). و المبسوط للسرخسي (ج١٢/ص٨١) .
5 -الانتصار على علماء الأمصار ج٦ (خ)و الجامع في الشرح (خ).
6 - الغيث المدرار ج٣(خ) .
7 -في السنن "فتسخطه" .
8 -في السنن " نَاقَةً ".
9 -سقط من المخطوط .

لَقَدْ هَمَمْتُ أَنْ لَا أَقْبَلَ هَدِيَّةً إلا من قُرَشِيٍّ أو أَنْصَارِيٍّ أو ثَقَفِيٍّ أو دَوْسِيٍّ "أخرجه الترمذي[١].

قال أبو طالب: فلما أثابه النبي صلى الله عليه وآله دل على أن الهبة تقتضي الثواب [٢].

واحتج المؤيد بما روي أن النبي صلى الله عليه وآله قال:" تهادوا تحابوا" كذا يروى [٣].

[و] [٤]عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وآله قال:" تَهَادَوْا فإن الْهَدِيَّةَ تُذْهِبُ وَحَرَ الصَّدْرِ..."الحديث أخرجه الترمذي [٥]، ومعنى وحر الصدر بالحاء المهملة المفتوحة ثم راء مهملة

غِشَّةٌ وحِقدَه [٦].

[قال][٧]: فلو كانت[٨] تقتضي الثواب لم يحصل التحاب،[٩] وفيما قاله نظر لأن التحاب يحصل مع اقتضاء الثواب.

واختلف أصحاب الشافعي في الإثابة على ثلاثة أقوال:

الأول: حتى يرضى لما روى ابن عباس أَنَّ أَعْرَابِيًّا أهدى لِلنَّبِيِّ صلى الله عليه وآله ناقة[١٠] فَأَثَابَهُ عَلَيْهَا فقَالَ أَرَضِيتَ[١١] قَالَ لا فَزَادَهُ وَقَالَ أَرَضِيتَ[١٢] قَالَ نَعَمْ... الحديث رواه أحمد وابن حبان في صحيحه [١٣].

---

1 -أخرجه الترمذي في سننه -بَاب مناقب في ثَقِيفٍ وَبَنِي حَنِيفَةَ -رقم٣٩٤٥ (ج٥/ص٧٣٠) .

2 - شرح الأزهار - (٣ / ٤٤٧).

3 - أخرجه البيهقي في السنن الكبرى -كتاب الهبات -باب التحريض على الهبة والهدية صلة بين الناس-رقم ١١٧٢٦ (ج٦/ص١٦٩)، وهو حسن .ينظر (إرواء الغليل (٦ / ٤٤).

4 - الزيادة من (ب).

5 -أخرجه الترمذي في السنن -كِتَاب الْوَلَاءِ وَالْهِبَةِ -بَاب في حَثِّ النبي r على التَّهَادِي -رقم٢١٣٠ قال أبو عِيسَى هذا حَدِيثٌ غَرِيبٌ من هذا الْوَجْهِ (ج٤/ص٤٤١). وهو ضعيف. ينظر (صحيح وضعيف سنن الترمذي (٥ / ١٣٠).

6 - النهاية في غريب الأثر - (٥ / ٣٤٦) .

7 - الزيادة من (ب).

8 - في (أ)"كان".

9 - الغيث المدرار ج٣(خ) .

10 - في أحمد وابن حبان "هبة" .

11 - في أحمد وابن حبان "رضيت" .

12 - في أحمد وابن حبان "رضيت" .

13 - أخرجه ابن حبان في صحيحه - ذكر إرادة المصطفى r ترك قبول الهدية إلا عن قبائل معروفة -رقم ٦٣٨٤ (ج١٤/ص٢٩٦). و أخرجه أحمد بن حنبل في مسنده -مسند عبدالله بن عباس رضي الله عنهما -رقم٢٦٨٧ (ج١/ص٢٩٥).قال في التلخيص الحبير (ج٣/ص٧٢) " رواه أَحْمَدُ وابن حِبَّانَ في صَحِيحِهِ من حديث بن عَبَّاسٍ وَلِأَبِي دَاوُد وَالنَّسَائِيِّ عن أبي هُرَيْرَةَ بِالْمَتْنِ دُونَ الْقِصَّةِ وَطَوَّلَهُ التِّرْمِذِيُّ وَرَوَاهُ من وَجْهٍ آخَرَ وَبَيَّنَ أَنَّ الثَّوَابَ كان سِتَّ بَكْرَاتٍ وَكَذَا رَوَاهُ الْحَاكِمُ وَصَحَّحَهُ على شَرْطِ مُسْلِمٍ.وصحح الألباني لفظ الترمذي ينظر "صحيح وضعيف الجامع الصغير رقم٣٨٨٢ (٩ / ٣٢٩).

القول الثاني[1]: أن الإثابة بقدر القيمة فقط وقواه الفقيه ل [2].

القول الثالث: على مقتضى العرف وقواه الفقيه ي[3].

وقوله عليلم:" **وَيُكْرَهُ مُخَالَفَةُ التَّوْرِيثِ فِيهِمَا ونحوهما غَالِبًا** "أي يكره مخالفة التوريث في الهبة والصدقة وكذا في الهدية والنذر والوصية وسائر التمليكات التي بغير عوض، فإذا وهب لورثته أو تصدق عليهم بشيء، فالمندوب أن يسوي بينهم في ذلك على حسب ما يرثون منه، ويكره مخالفة ذلك، وسواء في ذلك الأولاد وسائر الورثة هذا قول الهادي عليلم، وهو المذهب، وبه قال المؤيد ومع المخالفة تصح مع الكراهة [4].

وذهب أحمد وإسحاق وداود وطاووس إلى أن فعل ذلك مع عدم التسوية لا يجوز، ولا يصح [5].

وذهب الأوزاعي إلى أن له أن يخص من شاء إلى الثلث، وذهب الثوري إلى أن له أن يخص من شاء منهم بما شاء .

والقول بأن التسوية هي أن تكون الهبة ونحوها بين الورثة على حسب التوريث ذكره الأخوان وهو المذهب، وبه قال محمد بن الحسن [6].

وذهب مالك والشافعي وأبو يوسف، وروي عن الناصر والإمام ح إلى أن المراد أن يكون على الرؤوس[7] ويستوي في ذلك الذكر والأنثى [8].

حجة أهل المذهب ما روي عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال سووا بين أولادكم في العطية فإني لو فضلت أحداً على أحد لفضلت النساء." حكاه في الشفاء [9]، ونسبه في التلخيص إلى الطبراني بمعناه وضعفه[10] [11].

---

1 - في (أ)"الثالث"وهو تحريف.

2 - المهذب (ج١/ص٤٤٨). و شرح الأزهار - (٣ / ٤٤٨) .

3 - المرجع السابق.

4 - الغيث المدرار ج٣(خ). وشرح الأزهار (٣ / ٤٤٨) و بدائع الصنائع (ج٦/ص١٢٧).

5 - الحاوي الكبير (ج٧/ص٥٤٤). و المغني (ج٥/ص٣٨٨).

6 - المغني (ج٥/ص٣٨٨).

7 - كتبت في المخطوط"الروس"و الصحيح ما أثبته.

8 -الاستذكار (ج٧/ص٢٢٦).وبداية المجتهد (ج٢/ص٢٤٦).و الحاوي الكبير (ج٧/ص٥٤٤). و نيل الأوطار(ج٦/ص١١٠).

9 - كتاب شفاء الأوام - (٣ / ٣٣).

10 -أخرجه الطبراني في المعجم الكبير - عِكْرِمَةُ عَنِ بن عَبَّاسٍ -رقم١١٩٩٧(ج١١/ص٣٥٤).والبيهقي في السنن الكبرى - جماع أبواب عطية الرجل ولده - باب السنة في التسوية بين الأولاد في العطية -قم١١٧٨٠(ج٦/ص١٧٧).

11 - التلخيص الحبير(ج٣/ص٧٢) .

ما رواه النعمان بن بشير أن أباه أتى به إلى النبي صلى الله عليه وآله فقال إني نَحَلْتُ ابْنِي هذا غُلَامًا كان لي فقال رسول الله صلى الله عليه وآله [أَكُلَّ وَلَدِكَ نَحَلْتَ مثل هذا فقال لا فقال رسول الله صلى الله عليه وآله فَارْجِعْهُ "[١].

وفي رواية " قال: تَصَدَّقَ عَلَيَّ أبي بِبَعْضِ مَالِه فقالت أُمِّي عَمْرَةُ بِنْتُ رَوَاحَةَ[٢] لَا أَرْضَى حتى تُشْهِدَ رَسُولَ اللَّهِ صلى الله عليه وآله فَانْطَلَقَ أبي إلى النبي صلى الله عليه وآله لِيُشْهِدَهُ على صَدَقَتِه[٣] فقال له رسول اللَّهِ صلى الله عليه وآله] [٤] أَفَعَلْتَ هذا لِوَلَدِكَ[٥] كُلِّهِمْ [٦/]

قال لَا قال اتَّقُوا اللَّهَ [وَ] [٧] اعْدِلُوا في[٨]أَوْلَادِكُمْ فَرَجَعَ أبي فَرَدَّ تِلْكَ الصَّدَقَةَ "[٩].

وفي رواية أن النبي صلى الله عليه وآله قال فلا تُشْهِدْنِي إِذًا فَإِنِّي لَا أَشْهَدُ على جَوْرٍ "[١٠] [وفي رواية "أَشْهِدْ على هذا غَيْرِي"[١١]] [١٢] وفيه روايات أخر، وهو في الصحيحين، فدل امتناعه من الشهادة عليه على الكراهة ودل قوله "فارجعه ونحوه" على الصحة، ودل قوله "اعدلوا في[١٣] [١٤/] أولادكم" على اعتبار الميراث إذ لا أعدل من قسمة الله عزوجل، وسائر الورثة مقيسون فيما ذكر على الأولاد.

وقوله "غالباً" احتراز من [تفضيل] [١٥]بعضهم لكونه إبراء وأفضل أو أعجز أو أكثر عايلة أو مشغولاً بعلم أو[١٦]نحو ذلك فلا كراهة بل ربما يكون تفضيله مندوباً .

---

1 - أخرجه البخاري في صحيحه - كتَاب الْهِبَةِ وَفَضْلِهَا - بَاب الْهِبَةِ لِلْوَلَدِ وإذا أَعْطَى بَعْضَ وَلَدِه شيئا لم يَجُزْ حتى يَعْدِلَ بَيْنَهُمْ وَيُعْطِيَ الْآخَرِينَ مثله -رقم٢٤٤٦ (ج٢/ص٩١٣). ومسلم في صحيحه - كِتَاب الْهِبَاتِ -بَاب كَرَاهَةِ تَفْضِيلِ بَعْضِ الْأَوْلَادِ في الْهِبَةِ -رقم١٦٢٣ (ج٣/ص١٢٤١) .

2 - هي عَمرة بنت رَواحة، أخت عبد الله بن رواحة، وأم النعمان بن بشير رضي الله عنهم(الوافي بالوفيات - (٧ / ٣٤٩)بتصرف.

3 - في الصحيح "صدقتي".

4 -سقط من (أ) .

5 - في الصحيح "بولدك".

6 - نهاية ورقة ٣٩٠ من (ب).

7 -سقط من (ب) .

8 - في (ب) "بين " والصحيح ما أثبته.

9 -أخرجه مسلم في صحيحه-كتَاب الْهِبَات- بَاب كَرَاهَةِ تَفْضِيلِ بَعْضِ الْأَوْلَادِ في الْهِبَةِ - رقم١٦٢٣ (ج٣/ص١٢٤٢).

10 -أخرجه مسلم في صحيحه- كِتَاب الْهِبَاتِ- بَاب كَرَاهَةِ تَفْضِيلِ بَعْضِ الْأَوْلَادِ في الْهِبَةِ -رقم١٦٢٣(ج٣/ص١٢٤٣).

11 - المرجع السابق.

12 - الزيادة من (ب) .

13 - في (ب) "بين " والصحيح ما أثبته.

14 - نهاية ورقة ٣٧١ من (أ)..

15 - في (ب)" أن يفضل "بدل مابين المعقوفتين.

16 - في (ب)" و ".

قوله عليلم:" **وَالْجَهَازُ لِلْمُجَهِّزِ إلَّا لِعُرْفٍ**" المراد بالجهاز ما يفعله الإنسان لبنته أو نحوها عند تزويجها من حلية وكسوة والدفاء، فالظاهر[١] أنه باق على ملكه إلا لعرف أو قرينة تدل على تمليكه إياها ذكر ذلك أبو مضر، قال وإليه أشار يحيى عليلم وقال أبو طالب أنها تملكه[٢].

قال في الغيث: واعلم أنّ هذه المسألة على وجوه ثلاثة:

الأول: أن يكون ثمة[٣] لفظ أو قرينة حال [مما] [٤] يدل على التمليك فتكون ملكاً اتفاقاً فاللفظ أن يقول هذا لك والقرينة أن يأتي من سفر أ، تقول لذهب لي كذا فيسلمه إليها.

الثاني: أن يكون ثمة لفظ أو قرنية تدل على أنه عارية فلا تملكه اتفاقاً فاللفظ أن يقول البتي هذا حتى احتاجه والقرينة أن يكون عادته الارتجاع ممن تقدم من بناته أو تقول له أعرني كذا فيسلمه إليها ولا يذكر شيئاً .

الثالث: أن لا يكون ثمة لفظ و[٥] قرينة فهذا فيه الخلاف فعند الهادي والمؤيد أن الجهاز باقٍ على ملك المجهز، وعند أبي طالب وأبي مضر قد ملكته.

قيل ح: لا خلاف في التحقيق لكن كل بناء على عرفه لا يقال كيف اختلف عرف الأخوين وزمنهما واحد لأنه يجوز اختلاف عرفهما بالزمان والمكان.

وأما عرفنا الآن فإنه يختلف باختلاف الحلية فما صنع على قدر البنت من حجل أو دملوج أو مسكة فإنه يقتضي التمليك وكذا ما فضل على قدرها من اللباس، وما لم يكن على قدرها من قلادة أو وشاح أو نحوها من مرابط الذهاب فإن ذلك لا يقتضي التمليك في غالب الأحوال إلا لقرينة أو لفظ، انتهى [٦].

وفي الزهور ونحوه والتحقيق ما في المختصر كأصله من أن المتبع العرف، وحيث لا عرف رجع إلى الأصل وهو بقاؤه على ملك المجهز ولا عرف إلا بما ذكره في الغيث والزهور من التفصيل والله أعلم.

---

1 - في (أ)"لظاهر. والصحيح ما أثبته.
2 -الغيث المدرار ج٣(خ) وشرح الأزهار - (٣ / ٤٤٩) .
3 - في (ب)"ثم ".
4 - الزيادة من (أ).
5 - في (ب)" أو ".
6 -الغيث المدرار ج٣(خ) والزهور (خ) .

قوله عليلم :" **ونحو الْهَدِيَّة في المنقول** "قوله ونحو الهدية مبتدأ وفي المنقول خبره والمعنى أن الهدية إنما تكون فيما ينقل كالثياب والحيوان ونحوهما دون ما لا ينقل كالدور والأراضي، وأراد بنحو الهدية الضيافة والإرقاد ونحوها(١) .

وقوله عليلم: " **تُمْلَكُ بِالْقَبْضِ**" معناه أنه يكفي في ملك المهدى إليه إياها أن يقبضها من دون إيجاب ولا قبول، هذا مذهبنا على ما ذكره أبو مضر قال لأجل عرف المسلمين، والعرف أصل في كثير من المواضع، قلت وفي الأخبار ما يدل على ذلك كما سيأتي.

قيل: وفي كلام الزيادات إشارة إلى أنها تملك بالاستهلاك كالإباحة، وعن الشافعي لا تملك إلا بلفظ (٢)، وعن ابن أبي الفوارس أن الذي يملك بالقبض من الهدايا إنما هو المأكولات فقط ولا بد في الهدية من قرينة كما يهدى في الولائم والقدوم من السفر، ونحو ذلك، هكذا في الغيث (٣).

وإنما عدل المؤلف عن عبارة الأزهار لأنها توهم أن الهدية تصح في كل شيء لكن حيث كانت فيما ينقل تملك بالقبض، وليس كذلك فحسن جعله في المنقول خبراً للمبتدأ، وزيادة الواو في قوله وتملك بالقبض.

تنبيـــــهٌ: لا خلاف [في] (٤) أن الهدية مشروعة ومندوب إليها لما يحصل بها من المودة وتأكيد الألفة وقد تقدم قوله صلى الله عليه وآله "تهادوا تحابوا"(٥)، وقوله صلى الله عليه وآله:"تهادوا فإن الهدية تذهب وحر الصدر" (٦).

وعن أنس أن رسول الله صلى الله عليه وآله قال:" لو أُهْدِيَ إلي كُرَاعٌ لَقَبِلْتُ وَلَوْ دُعِيتُ عليه لَأَجَبْتُ." أخرجه الترمذي (٧).

وثبت أنه صلى الله عليه وآله كانت تحمل إليه [الهدايا] (٨) من غير لفظ.

وروى الترمذي وأحمد والبزار من حديث علي عليلم أَنَّ كِسْرَى أَهْدَى إلى النبي صلى الله عليه وآله هدية فَقَبِلَ منه وإن الْمُلُوكَ أَهْدَوْا إليه فَقَبِلَ منهم (١).

---

1 - في (ب)" ونحوهما ".

2 - إعانة الطالبين (ج٤/ص٧٦).

3 - الغيث المدرار ج٣(خ) .

4 - الزيادة من (ب).

5 -سبق تخريجه آنفاً .

6 -سبق تخريجه آنفاً .

7 - أخرجه الترمذي في سننه -كِتَاب الْأَحْكَامِ - بَاب ما جاء في قَبُولِ الْهَدِيَّةِ وَإِجَابَةِ الدَّعْوَةِ -رقم١٣٣٨ قال أبو عِيسَى حَدِيثُ أَنَسٍ حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ.(ج٣/ص٦٢٣)، وكذا صححه الألباني .ينظر (صحيح وضعيف سنن الترمذي رقم١٣٣٨ (٣ / ٣٣٨).

8 - الزيادة من (أ).

وعن عائشة كان النبي صلى الله عليه وآله إذا أُتِيَ بِطَعَامٍ سَأَلَ [عنه] (٢) أَهَدِيَّةٌ أَمْ صَدَقَةٌ فَإِنْ قِيلَ صَدَقَةٌ قال لِأَصْحَابِهِ كُلُوا [ولم يَأْكُلْ](٣) وَإِنْ قِيلَ هَدِيَّةٌ ضَرَبَ بيده فَأَكَلَ مَعَهُمْ. "أخرجه البخاري (٤).

وفي الصحيحين عن أنس أَنَّ أُكَيْدِرَ دُومَةَ(٥) أَهْدَى لِرَسُولِ اللَّهِ صلى الله عليه وآله جُبَّةَ من سُنْدُسٍ " ورواه أحمد والنسائي والترمذي أتم منه (٦).

ولأبي داود أن ملك الروم أهدى للنبي [صلى الله عليه وآله] (٧)

مُسْتُقَةً(٨) [من] (٩) سُنْدُسٍ فَلَبِسَهَا" الحديث (١٠).

وعن أبي حميد الساعدي(١١) قال غزونا مع النبي صلى الله عليه وآله تبوكاً وأهدى ابن الْعَلْمَاءِ (١٢) للنبي صلى الله عليه وآله برداً و جاء رسول صاحب أيلة(١٣) إلى رسول الله صلى الله عليه وآله بكتاب وأهدى إليه بغلة بيضاء الحديث رواه البخاري (١٤).

---

1 - أخرجه الترمذي في سننه -كِتَاب الْأَحْكَامِ -بَاب ما جاء في قَبُولِ هَدَايَا الْمُشْرِكِينَ -رقم١٥٧٦. قال أبو عِيسَى هو حَدِيثٌ حَسَنٌ غَرِيبٌ (ج٤/ص١٤٠). و أحمد بن حنبل في مسنده -رقم٧٤٧- مسند علي بن أبي طالب رضي الله عنه (ج١/ص٩٦).و البزار في مسنده -رقم٧٧٨ (ج٣/ص٢٩).

2 -سقط من المخطوط .

3 -سقط من المخطوط .

4 - أخرجه البخاري في صحيحه - كِتَاب الْهِبَةِ وَفَضْلِهَا -بَاب قَبُولِ الْهَدِيَّةِ -رقم٢٤٣٧ (ج٢/ص٩١٠) .

5 - وهو رجل يقال من غسان أو كندة. معرفة السنن والآثار (ج٧/ص١١٢).

6 - أخرجه البخاري في صحيحه - كِتَاب الْهِبَةِ وَفَضْلِهَا -بَاب قَبُولِ الْهَدِيَّةِ من الْمُشْرِكِينَ-رقم ٢٤٧٣ (ج٢/ص٩٢٢).ومسلم في صحيحه -كِتَاب اللِّبَاسِ وَالزِّينَةِ - بَاب تَحْرِيمِ اسْتِعْمَالِ إِنَاءِ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ على الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ رقم٢٠٧١ (ج٣/ص١٦٤٥). والنسائي في السنن الكبرى - كتاب الزينة - لبس السندس -رقم٩٦١٤ (ج٥/ص٤٧١).و أحمد بن حنبل في مسنده –مسند أبي سعيد الخدري-رقم١٣١٧١ (ج٣/ص٢٠٦) و الترمذي في سننه كِتَاب اللِّبَاسِ - باب-رقم١٧٢٣. (ج٤/ص٢١٨).

7 - سقط من (ب) .

8 - هي بضم التاء وفتحها : فَرْوٌ طَوِيلُ الكُمَّين . وهي تعريبُ مُشْتَه . وقوله [من سُنْدُسٍ] يُشْبِهُ أنَّها كانتْ مُكَفَّفَةً بالسُّنْدُس . وهو الرَّفِيعُ مِنَ الحَرِير والدِّيباج لأن نَفْسَ الفَرْوِ لا يَكُونُ سندساً. وجمعُها : مَسَاتِقُ . النهاية في غريب الأثر - (٤ / ٦٩٧).

9 - سقط من (أ).

10 - أخرجه أبو داود في سننه - كِتَاب اللِّبَاسِ -باب من كرهه -رقم٤٠٤٧ (ج٤/ص٤٧). والحديث ضعيف الإسناد. ينظر (صحيح وضعيف سنن أبي داود – رقم٤٠٤٧.

11 - هو عبد الرحمن بن سعد بن المنذر، أبو حميد الساعدي. من أكبر فقهاء الصحابة، وقد اختلف في اسمه فقيل: عبد الرحمن بن سعد بن مالك، وقيل: عبد الرحمن بن سعد بن عمرو بن سعد، وقيل: المن بن سعد بن المنذر، توفي سنة ستين للهجرة، وروى له الجماعة. الوافي بالوفيات (٦ / ٧٠).

12 - قال صاحب عمدة القاري أن علماء اسم أم يوحنا، وهو يوحنا بن روبة صاحب أيلة . فتح الباري (ج٣/ص٣٤٥). وعمدة القاري (ج١٤/ص١٦٣).بتصرف.

13 - بيت المقدس معرب. المصباح المنير - (١ / ٢٢).

14 - أخرجه البخاري في صحيحه -كِتَاب الزَّكَاةِ -بَاب خَرْصِ التمر –رقم بَاب خَرْصِ التمر(ج٢/ص٥٣٩) -بَاب إذا وَادَعَ الإمام مَلِكَ الْقَرْيَةِ هل يَكُونُ ذلك لِبَقِيَّتِهِمْ -رقم٢٩٩٠ و(ج٣/ص١١٥٣). و مسلم في صحيحه -كِتَاب الْفَضَائِلِ - بَاب في مُعْجِزَاتِ النبي r -رقم١٣٩٢ (ج٤/ص١٧٨٥).

وفي صحيح مسلم أهدى فروة الجذامي[1] إلى رسول الله صلى الله عليه وآله بغلة بيضاء ركبها يوم حنين [2] [3].

وروى ابن خزيمة [و] [4]غيره من حديث بريدة[5] أَنَّ أَمِيرَ الْقِبْطِ [6] أَهْدَى إلى رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وآله جَارِيَتَيْنِ وَبَغْلَةً فَكَانَ يَرْكَبُ الْبَغْلَةَ بِالْمَدِينَةِ وَأَخَذَ إِحْدَى الْجَارِيَتَيْنِ لِنَفْسِهِ فَوَلَدَتْ له إِبْرَاهِيمَ وَوَهَبَ الْأُخْرَى لِحَسَّانَ " انتهى [7].

وفي ذلك أحاديث أخر مشهورة فدلت هذه الأحاديث ونحوها على صحة الهدية في المنقولات حتى الجواري، وإنما تملك بالقبض ولا تحتاج إلى لفظ كما هو المذهب.

وقوله عليلم :" **وَتُعَوَّضُ حَسْبَ الْعُرْفِ**" ومما يدل على التعويض نحو ما رواه البخاري وغيره أن عائشة قالت كان رسول الله صلى الله عليه وآله يَقْبَلُ الْهَدِيَّةَ وَيُثِيبُ عليها [8].

ونحو حديث الأعرابي الذي أهدى لرسول الله صلى الله عليه وآله بكرة فعوضه منها ست بكرات إلى غير ذلك [9].

ويعتبر في التعويض ما جرى به العرف فما كانت العادة جارية فيه بالتعويض كالهدايا التي تهدي في الولائم والمأتم وجب تعويضه حسب العرف في القدر والصفة والحال من الشدة والرخاء ونحوهما فإن مات المهدي [إليه] [10] قبل المكافأة لزمته الوصية بذلك لأنه بمنزلةساير الديون فيكون من جميع المال، ويكون صاحب الهدية أسوة الغرماء .

قال في الغيث : والمعول في ذلك على العرف، فلو علم من قصد المُهدي أنه لا يريد العوض لم تجب، ولهذا لا تجب المكافأة في النثار، ذكره في التقرير عن ابن أبي الفوارس[11].

---

1 -هو فروة بن عمرو بن النافرة، من بني نفاثة، من جذام: أمير، كان عاملا للروم على قومه بني النافرة (بين خليج العقبة وينبع) وعلى من كان حوالي معان من العرب.ولما ظهر الإسلام، بمكة والمدينة، وحدثت وقعة تبوك، بعث إلى الرسول الله صلى الله عليه وسلم بإسلامه وأهدى إليه بغلة بيضاء.وعلمت حكومة " قيصر "باتصاله هذا، فسلطت عليه الحارث (السادس أو السابع) بن أبي شمر الغساني (ملك غسان) فاعتقله وصلبه بفلسطين نحو ١٢ هـ. الأعلام للزركلي - (٥ / ١٤٣) .

2 - في (ب)"خيبر".

3 - أخرجه مسلم في صحيحه -كِتَاب الْجِهَادِ وَالسِّيَرِ -بَاب في غَزْوَةِ حُنَيْنٍ -رقم١٧٧٥(ج٣/ص١٣٩٨) .

4 - سقط من (أ).

5 - في (ب) " يزيد" وهو تصحيف والصحيح ما أثبت.

6 - هو المقوقس ملك الإسكندرية ومصر(الوافي بالوفيات - (١ / ٤٢).

7 -أخرجه الطبراني في المعجم الأوسط -رقم٣٥٤٩ (ج٤/ص٣٧). ولم أعثر عليه في صحيح ابن خزيمة وإنما ذكر ذلك ابن حجر في التلخيص وقال رواه ابن خزيمة . ينظر (التلخيص الحبير ج٣/ص٧١) .

8 - أخرجه البخاري في صحيحه -كِتَاب الْهِبَةِ وَفَضْلِهَا - بَاب الْمُكَافَأَةِ في الْهِبَةِ -رقم٢٤٤٥(ج٢/ص٩١٣).

9 - سبق تخريجه صـ١٢١٦ .

10 - سقط من (أ).

11 - التقرير في شرح التحرير (خ) .

قيل ع [١]: وكذا الضيافات في الغالب لا يقصد بها العوض، وهذا يختلف، فالعبرة [٢/] بما فهم من القصد [٣].

قيل ع: ويتضيق القضاء بالطلب أو بموت أيهما إلا أن يعرف الرضا من ورثة المهدي البالغين بالتأخير، أو رضا المهدي حيث يموت المهدى إليه، أو بأن يجرى للمهدي مثل ما جرى للمهدى إليه من سبب الهدية [٤].

قيل: وإذا جهل المهدى إليه مقدار الهدية عمل في التعويض بغالب الظن ثم يستحل من الزائد احتياطاً[٥/] [٦].

قيل: وإذا جاء الصبي المميز بهدية جاز العمل بقوله في قبولها عند جميع العلماء، وذكرت الحنفية أن الجارية إذا جاءت وقالت أهداني إليك سيدي جاز العمل بقولها وحل وطؤها

ما لم يظن كذبها [٧].

قيل: ولا يجب التعويض مع انتقال المهدي من الجهة، ولو طلب المهدي العوض من غير حادث لم يكن له ذلك إلا للعرف.

قيل: وإذا أطعم المهدي إليه المهدي هديته بعينها لم يسقط عنه العوض لأنه قد [كان] [٨] ملكها بقبضها[٩].

فـــــرعٌ: وإذا مات المهدى إليه قبل أن يبلغه الهدية بقيت على ملك المهدي لعدم قبض المهدى إليه، ولا اعتبار بقبض ورثته لأنها لم تهد إليهم وقد روي أن النبي صلى الله عليه وآله أهدى إلى النجاشي التي أهديت إليه إلا سترد فإذا ردت إليّ أعطيتك فكان كما قال صلى الله عليه وآله فلما ردت إليه الهدية أعطاها منها ، هذا حاصل ما رواه في الشفاء [١٠].

---

1 - في الغيث المدرار " ح" بدل "ع" .

2 - نهاية ورقة ٣٩١ من (ب).

3 - الغيث المدرار ج٣(خ) .

4 - شرح الأزهار - (٣ / ٤٥٠) والبيان لابن مظفر (٤٢٠/٣) .

5 - نهاية ورقة ٣٧٢ من (أ).

6 -الغيث المدرار ج٣(خ) .

7 -الغيث المدرار ج٣(خ)و البيان لابن مظفر (٤٢٢/٣) و البحر الرائق ج٨/ص٢١٢ .

8 - الزيادة من (ب).

9 - الغيث المدرار ج٣(خ) .

10 - كتاب شفاء الأوام - (٣ / ٢٩).

والذي في التلخيص ما لفظه "وقد رَوَى الْحَاكِمُ أَنَّ النبي صلى اللَّهُ عليه وآله أَهْدَى إلى النَّجَاشِيِّ ثُمَّ قال لِأُمِّ سَلَمَةَ إنِّي لَأَرَى النَّجَاشِيَّ قد مَاتَ وَلَا أَرَى الْهَدِيَّةَ التي أَهْدَيْت إلَيْهِ إلَّا سَتُرَدُّ فإذا رُدَّتْ إلَيَّ فَهِيَ لَك فَكَانَ كَذَلِكَ. الحديث [١]انتهى [٢].

وعلى هذا فإذا أتلف الرسول الهدية أو فرط فيها قبل إيصالها إلى المهدى إليه ضمنها الرسول للمهدى لبقائها على ملكه ونحو ذلك [٣].

قوله عليلم: " **وَتَحْرُمُ مُقَابَلَةً لِوَاجِبٍ أَوْ مَحْظُورٍ ولو مُضْمَراً كَمَا مَرَّ**" أي وتحرم الهدية على المهدى إليه إذا علم أو غلب في ظنه أنها في مقابلة واجب أو محظور يفعله كما مرّ تفصيله في كتاب الاجارات، وسواء كان ذلك الواجب أو المحظور مشروطاً أو مضمراً كما تقدم .

قيل: وما يعطى أهل الولايات من الارفاد في ولائمهم فإن كانت عادتهم المجازاة عليه حلت لهم، وإلا فهي رشوة لا تحل، ذكره المنصور [٤]، وقد روي عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال:

"هَدَايَا الْأُمَرَاءِ غُلُولٌ" [٥].

قوله عليلم:" **وَلَا تَصِحُّ نحو هِبَةِ عَيْنٍ لِمَيِّتٍ غالباً** "أراد بنحو الهبة النذر عليه وصرف الزكاة ونحوها فيه، وإنما لم يصح ذلك لأنه قد صار بمنزلة ما لا يتملك كسائر الجمادات، وإنما خص هبة العين لما ذكر من كونها تمليكاً فأما هبة الدين الذي على الميت له فيصح إذ هي إسقاط والإسقاط عن الميت يصح إجماعا [٦].

وقوله: "غالباً" احتراز من أن يكون هبة العين إلى وصي الميت لأجل كفنه أو قضاء دينه فإن ذلك يصح للضرورة ولأنه قد صار كالمصالح من مسجد وقبر وغيرهما، فيقبل [الوصي له] [٧] ذلك كما يصح الاقتراض لما يحتاج إليه لتكفينه وتجهيزه.

---

1 - **أخرجه الحاكم في المستدرك على الصحيحين- كتاب النكاح -رقم٢٧٦٦(ج٢/ص٢٠٥) والبيهقي في السنن الكبرى - جماع أبواب السلم -باب المسك طاهر يحل بيعه وشراؤه والسلف فيه- رقم١٠٩١٠ وقال هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه. (ج٦/ص٢٦).**

2 - **التلخيص الحبير (ج٣/ص٧٣).**

3 - **الغيث المدرار ج٣(خ).**

4 - **البيان لابن مظفر (٤٢١/٣) .**

5 - **أخرجه البيهقي قي السنن الكبرى - كتاب آداب القاضي - باب لا يقبل منه هدية -رقم٢٠٢٦١ (ج١٠/ص١٣٨).و الترمذي في سننه- كِتَاب الْأَحْكَامِ -بَاب ما جاء في هَدَايَا الْأُمَرَاءِ -رقم١٣٣٥بنحوه (ج٣/ص٦٢١). وَإِسْنَادُهُ ضَعِيفٌ.ينظر (التلخيص الحبير ج٤/ص١٨٩).**

6 - **البحر الزخار - (١٠ / ٢٨٩)وشرح الأزهار - (٣ / ٤٥١).**

7 - **في(ب)"له الوصي" بدل مابين المعقوفتين.**

قيل: ويصح أن يقبض الوصي للميت من الزكاة لأجل دينه أو كفنه ذكر معنى ذلك جميعه في الغيث [١]، وظاهر ما ذكره أنه لا بد من قبول الوصي لذلك، وقيل لا يحتاج إلى قبول [٢]، ولعله أقرب والله أعلم.

قوله عليلم: " **والبينة على مدعي خلاف الأصل** "وذلك حيث اختلف الواهب والمتهب ولذلك صور:

أحدها: أن يقول الواهب وهبت منك، وأنا غير عاقل، وأصله العقل أو هو الأغلب من أحواله، أو يقول المتهب بل وهبت لي وأنت عاقل، فإن القول للمتهب في هذه الصورة لأنه منكر للفساد الذي هو خلاف الأصل، والواهب مدع له فعليه البينة، وهكذا لو ادعى الواهب أنه وهب وهو صغير أو مكره أو نحو ذلك من وجوه الفساد هذا هو المذهب، وهو قول الهادي [عليلم] [٣] وأحد قولي م بالله، وعلى قوله الأخير أن القول لمنكر الصحة،[٤] فأما حيث ادعى أنه وهب وهو غير عاقل، وأصله عدم العقل، أو هو الغالب من حاله فإن القول قوله هنا، وإن كان مدعياً للفساد [و] [٥]لأن الظاهر معه وهذا الطرف، هو الذي احترز عنه في الأزهار بقوله "غالباً" [٦]، وإنما لم يذكره المؤلف عليلم اكتفاء بما قرره من القاعدة، وهي أن البينة على مدعي خلاف الأصل، ومن ادعى خلاف الظاهر فهو مدعٍ لخلاف لأصل فلا حاجة إلى الاحتراز بغالباً، وإنما احتاج إلى ذلك في الأزهار لما قال:" "وَالْقَوْلُ لِلْمُتَّهَبِ فِي نَفْيُ الْفَسَادِ "[٧] فإن استوى الحالان فلم يغلب عليه أيهما، أو التبس الغالب منهما أو لم يعلم أصله، هل الجنون أو العقل ؟

فعلى قول الهادوية يكون القول للمتهب لما تقرر عنهم من أن العقد إذا احتمل وجهي صحة وفساد حمل على الصحة، وعلى أخير قولي المؤيد يكون القول لمدعي الفساد وهو الواهب.

قال في الغيث: فإن قلت أن هذا يقتضي أن الواهب لو ادعى أنه وهب وهو صغير أن يكون القول قوله لأن الأصل الصغر [كما قلتم إذا كان الأصل العقل فالقول قوله] [٨].

---

1 - **الغيث المدرار ج٣(خ) .**
2 - **البحر الزخار - (١٠ / ٢٨٩).**
3 - **الزيادة من (ب).**
4 - **شرح الأزهار - (٣ / ٤٥١).والبيان لابن مظفر (٤٢٤/٣)**
5 - **الزيادة من (ب).**
6 - **الأزهار - (١ / ١٣٨).**
7 - **المرجع السابق.**
8 - **الزيادة من (ب).**

قلت إنهما إذا أطلقا حكم للهبة بأقرب وقت لأنه الظاهر فكانت البينة على مدعي تقدمها على الكبر، فإن قلت فيلزم [و] [١] لو كان أصله الجنون والعقل طار أن يحكم فيها بأقرب وقتٍ فيكون القول قول مدعي الصحة وقد جعلتم القول قول مدعي الفساد في هذه الصورة .

قلت: إنما حكمنا بالفساد هنا رجوعاً إلى الأغلب لأن الأغلب أن الجنون الأصلي لا يطرأ عليه العقل بخلاف العكس فهو كثير فالصورة النادرة لا حكم لها انتهى [٢].

تنبيـــــه: قول الإمام المهدي عليلم أنهما إذا أطلقا حكم للهبة بأقرب وقت وربما توهم أنهما لو أرخى كان القول للواهب في دعواه الصغر، وقد تقدم في كتاب النكاح ما[٣] ذكره في الزهور، وعن المؤيد والهادوية أن البينة على [٤/] البائع حيث ادعى أنه باع وهو صغير ولم يفصل، وفرق بينه وبين الزوجة حيث ادعت أن عمها زوجها وهي صغيرة في أن القول قولها مع أنها تدعي الفساد ووجه الفرق بينهما أن البائع مباشر فظاهر فعله الصحة بخلاف مسألة الزوجة فإنها غير مباشرة فلذلك كان القول قولها انتهى بالمعنى، وهذا أولى إذ لو كان الوجه ما ذكره في الغيث، للزم مثله في الزوجة حيث أطلقا أنه يحكم بأقرب وقتٍ فيكون القول للزوج والمنصوص عليه وخلافه والله أعلم .

الصورة الثانية: أن يختلف الواهب والمتهب في فوائد العين الموهوبة فيدعي الواهب أنها كانت حاصلة من قبل عقد الهبة ليأخذها حيث رجع عن الهبة، ويدعي المتهب أنها حصلت بعد عقد الهبة فإنه يكون القول قوله.

مثال ذلك: أن يهب إنسانٌ أرضاً ثم يرجع وفيها زرع فيقول وهبتها وهذا الزرع فيها، فيقول المتهب بل حدث في ملكي فإن القول للمتهب هنا لأن اليد له على الأرض والزرع إلا إذا حصلت قرينة تدل على أن الفوائد من قبل نحو أن يكون الزرع لا يمكن مثله في مثل المدة التي مضت من يوم الهبة، فإن القول يكون للواهب لكن لا رجوع له لأجل الزيادة، [و] [٥] إن كان يمكن مثله في تلك المدة ولا يمكن أن يكون قبلها نحو أن يكون الهبة سنة ووجدنا الزرع[٦/] مخضراً فإنه يكون للمتهب، وإن كان يحتمل الأمرين كان للمتهب أيضاً أما لأنه من بذره، وأما لأجل الزيادة، فإن أقام الواهب البينة أنه له وإنه لم يزد

---

1 - الزيادة من (ب).
2 -الغيث المدرار ج٣(خ) .
3 - في(ب)"كما".
4 - نهاية ورقة ٣٩٢ من (ب).
5 - الزيادة من (أ).
6 - نهاية ورقة ٣٧٣ من (أ).

استحقه، ورجع عليه المتهب بما غرمه في السقي ونحوه عند الهادي [عليلم] [١] خلافاً للمؤيد كما في الشفيع، ذكر معنى ذلك في الغيث [٢].

قيل : وإذا التبس الحال في الزرع كان القول للمتهب مع يمينه فإذا حلف عليه بقى[له] [٣] إلى الحصاد بلا أجرة لأنه مغرور، حيث أقر المتهب بأن الزرع من قبل وأدعى أنه قد زاد[٤] فعليه البينة بالزيادة [٥].

قوله عليلم: " **ومنه إِرَادَة الْعِوَضِ فِي نحو التَّالِفِ** " أي ومن دعوى خلاف الأصل أن يدعي الواهب أنه أراد العوض في الهبة، أو أنه شرط بطريق الأولى لهذا لم يذكره المؤلف عليلم، وينكر المتهب ذلك، فإن القول له لأن الأصل عدم شرط العوض، وعدم إرادته والبينة على الواهب لأنه يدعي خلاف الأصل، وإنما يكون القول للمتهب في ذلك حيث يكون الموهوب قد تلف في يده، فأما إذا كان باقياً فالقول للواهب لأن له الرجوع حيث لا مانع .

فإن قيل كيف يكون القول للمتهب في ذلك، وقد قلتم أن الهبة تقتضي الثواب، فالجواب أن المراد أنها تقتضي الثواب فيما بين المتهب وبين الله [تعالى] [٦] لا في ظاهر الحكم.

وقيل ي: بل أنها تقتضي الثواب حيث كان الموهوب باقياً لأن ما يدعيه الواهب حينئذ فهو من مال نفسه لا إذا كان الموهوب تالفاً لأن ما يدعيه حينئذ فهو من مال المتهب فعليه البينة في التضمين، وإذا كان القول للمتهب [كانت بينته] [٧]على القطع حيث ادعى الواهب أنه شرط العوض حال العقد أو قبله، وأما حيث ادعى أنه أضمر العوض فذلك ينبئ على صحة الدعوى لما في الضمير، فعلى ظاهر قول الهادي والشافعي يصح الدعوى فيكون يمينه على العلم، أي ما علمت أنك أضمرت العوض، وعلى قول ط والقاضي زيد لا يصح الدعوى فلا يلزم اليمين لأن وجوبها فرع على صحة الدعوى ثم أن الواهب إن ادعى أنه شرط العوض لم تصح دعواه إلا بأن يذكر عوضاً معلوماً، وتكون البينة على أنه نظر بذلك

1 - الزيادة من (أ).
2 -الغيث المدرار ج٣(خ) .
3 - الزيادة من (أ).
4 - في (ب)"أزاد".
5 -المرجع السابق وشرح الأزهار - (٣ / ٤٥٣) .
6 - الزيادة من (أ).
7 - في (ب)" كان يمينه " بدل مابين المعقوفتين.

حال العقد أو قبله كما تقدم وإن ادعى الإضمار [و] [١]لم تصح شهادته إلا على إقرار المتهب بذلك [٢].

فــــرع: وهذا كله حيث أقر الواهب بالهبة، وادعى العوض وأما حيث لم يقر بها صريحاً بل قال أعطيتك أريد العوض، أو نحو ذلك، فالقول قوله مع يمينه لأن الظاهر في الأعيان العوض إلا حيث تحصل قرينة حال تدل على عدم إرادة العوض نحو ما يكون بين الزوجين والصديقين من التسامح، فالظاهر في مثل ذلك عدم العوض كذا قيل وهو متجه وأراد المؤلف عليلم بنحو التالف ما استهلك حكماً، أو حصل فيه أحد الموانع من الرجوع فإن حكمه فيما ذكر حكم التالف ذكر معنى ذلك في الشرح والله أعلم [٣].

قوله عليلم "**وأنه لم يقبل غالباً** " أي من دعوى خلاف الأصل أن يدعي الواهب أن المتهب لم يقبل الهبة فتكون البينة على الواهب في ذلك لأنه مدعي[٤] الفساد والأصل الصحة.

وقوله:"غالباً" احتراز من أن يقول شهود الهبة ما سمعنا المتهب قبل الهبة فإنه لا يكون القول للمتهب في أنه قبل بل يبين بذلك وفاقاً[٥] أو يحلف الواهب.

ويحترز أيضاً من أن يقول الواهب "وهبت لك" فلم يقبل واصلاً لقوله فلم يقبل بقوله وهبت لك أو منك، ويقول المتهب بل قبلت، فإن القول يكون للواهب في ذلك، والبينة على المتهب عند المؤيد، وقال أبو مضر بل القول قول المتهب هنا، وقوى الفقيهان ل ح قول المؤيد، وقوى الفقيه ي قول أبي مضر، وأما حيث لم يصل كلامه بل أقر بأنه وهب داره من فلان مثلاً ثم قال بعد مضي وقتٍ، وإن قل أن المتهب لم يقبل الهبة فإن القول قول المتهب هنا اتفاقاً بين المؤيد وأبي مضر هذا حاصل ما ذكره في الغيث، ثم قال فيه ولأبي مضر، والمتأخرين من المذاكرين كلام طويل أعرضنا عن ذكره إذ لا طائل تحته وقد دخلت زيادته فيما ذكرناه وفيه ما لفظه " تنبيـــــهٌ : اعلم أن المؤيد فصل بين الهبة والبيع في هذا الحكم فقال قول قال القائل بعت ولم يقبل أن القول قول المشتري ولعله بناه على ما

---

1 - الزيادة من (ب).
2 - شرح الأزهار - (٣ / ٤٥٢) .
3 - الجامع في الشرح (خ).
4 - في (ب)"يدعي".
5 - في (ب)"اتفاقاً".

ذكروه في الأيمان أن الهبة بلفظها[١] يتناول الإيجاب فقط بخلاف لفظ البيع فهو الإيجاب والقبول معاً انتهى [٢].

وفي البحر ما لفظه مَسْأَلَةُ " وَإِنْ بَيَّنَ عَلَى إقْرَارِ الْوَاهِبِ بِالْهِبَةِ وَأَنْكَرَ الْوَاهِبُ الْقَبُولَ لَمْ يُسْمَعْ إنْكَارُهُ، إذْ الْإِقْرَارُ بِالشَّيْءِ يَقْتَضِي وُقُوعَهُ تَامًّا، إذْ هُوَ إخْبَارٌ عَنْ [أمرٍ] [٣] مَاضٍ، فَإِنْ شَهِدُوا عَلَى نَفْسِ الْهِبَةِ فَقَالَ وَهَبْت فَلَمْ تُقْبَلْ وَاصِلًا كَلَامَهُ، قَبْلَ إنْكَارِهِ الْقَبُولَ، إذْ قَوْلُهُ وَهَبْت مُنْشِئًا لاستلزام[٤] الْقَبُولَ بِخِلَافِ الْإِقْرَارِ.

المؤيد بالله: وَكَذَا لَوْ ادَّعَى فِي مَحْضَرِ الْحَاكِمِ أَنَّهُ وَهَبَهُ فَقَالَ وَهَبْت وَلَمْ تَقْبَلْ قُبِلَ إنْكَارُهُ الْقَبُولَ، وَإِنْ كَانَ إقْرَارًا لِاضْطِرَارِهِ فِي هَذِهِ الْحَالِ إلى إجَابَتِه الدَّعْوَى، فَلَيْسَ اقراراً محضاً، بَلْ أَشْبَهَ بِالْإِنْشَاءِ لِتَقَدُّمِ الدَّعْوَى، بِخِلَافِ الْإِقْرَارِ الْمُجَرَّدِ فَيُبْنَى عَلَى التَّمَامِ .

الإمام ح: وَالْبَيْعُ اسْمٌ لِلْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ مَعًا، فَإِذَا بَيَّنَ بِالْبَيْعِ لَزِمَا، بِخِلَافِ الْهِبَةِ فَاسْمٌ لِلْإِيجَابِ فَقَطْ.

أَبُو مُضَرَ: لَا فَرْقَ بَيْنَهُمَا.

قُلْت: الْأَوَّلُ أَقْرَبُ [٥/] لِلْعُرْفِ انتهى [٦].

"فَصْــــــلٌ"

[في العمرى والرقبى]

وَالْعُمْرَى وَالرُّقْبَى بالتقييد إبَاحَة للفوائد غالباً "العمرى مشتقة من العمر، ولقول القائل لغيره أعمرتك هذه الدار عمرك[٧].

---

1 - في (ب)"لفظها".

2 -الغيث المدرار ج٣(خ) .

3 - الزيادة من (أ).

4 - في (ب)"يستلزم".

5 - نهاية ورقة ٣٩٣ من (ب).

6 - البحر الزخار - (١٠ / ٣٣٧) .

7 - لسان العرب - (٤ / ٦٠١) .

والرقبى، قيل: من الترقب إذ كل منهما يرقب موت صاحبه، وقيل من الرقبة إذ معنى أرقبتك هذا الشيء جعلت رقبته لك رقبى، ومعناها كالعمرى[١].

والأصل فيهما[٢] من السنة قوله صلى الله عليه وآله " الْعُمْرَى جَائِزَةٌ لِأَهْلِهَا وَالرُّقْبَى جَائِزَةٌ لِأَهْلِهَا " أخرجه أبو داود من رواية جابر [٣].

وعن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وآله قال:" الْعُمْرَى جَائِزَةٌ " [٤].

وفي رواية "الْعُمْرَى مِيرَاثٌ لِأَهْلِهَا" أخرجه البخاري ومسلم وغيرهما [٥].

وعن جابر قال قَضَى رسول الله ص بِالْعُمْرَى أنها لِمَنْ وُهِبَتْ له" [٦].

وفي رواية " أَيُّمَا رَجُلٍ أُعْمِرَ عُمْرَى له ولِعَقِبِهِ فَإِنَّهَا [٧] لِلَّذِي أُعْطِيَهَا لَا تَرْجِعُ إِلى الذي أَعْطَاهَا لِأَنَّهُ أَعْطَى عَطَاءً وَقَعَتْ فيه الْمَوَارِيثُ"[٨].

وفي رواية " من أَعْمَرَ رَجُلًا عُمْرَى له ولِعَقِبِهِ فَقَدْ قَطَعَ قَوْلُهُ حَقَّهُ فيها وَهِيَ لِمَنْ أُعْمِرَ ولِعَقِبِهِ[٩]" أخرجه الستة[١٠] بروايات عدة وفي بعض ألفاظهم اختلاف، وفي ذلك أحاديث أخر.

ولا خلاف في أن العمرى مشروعة إلا عن قوم مجهولين فقالوا لا تصح لقوله صلى الله عليه وآله في بعض روايات حديث جابر المتقدم [١١/] [١٢] " لَا تُرْقِبُوا ولا تُعْمِرُوا فَمَنْ أُرْقِبَ شيئا أو أُعْمِرَهُ فَهُوَ لِوَرَثَتِهِ" [١].

---

1 -المرجع السابق والنهاية في غريب الأثر (ج٢/ص٢٤٩). والقاموس المحيط (ج١/ص١١٦).والمصباح المنير (ج١/ص٢٣٤). و شرح الأزهار - (٣ / ٤٥٤) .

2 - في(أ)"فيها".

3 - أخرجه أبو داود في سننه- كتاب الْإِجَارَةِ -بَاب في الرُّقْبَى -رقم٣٥٥٨ (ج٣/ص٢٩٥)وهو صحيح .ينظر (صحيح وضعيف سنن أبي داود - رقم٣٥٥٨.

4 - أخرجه البخاري في صحيحه - كِتَاب الْهِبَةِ وَفَضْلِهَا - بَاب ما قِيلَ في الْعُمْرَى وَالرُّقْبَى -رقم٢٤٨٣ (ج٢/ص٩٢٥). ومسلم في صحيحه - كِتَاب الْهِبَاتِ –باب العمرى -رقم ١٦٢٥ (ج٣/ص١٢٤٧).

5 - أخرجه مسلم في صحيحه- كِتَاب الْهِبَاتِ –باب العمرى -رقم١٦٢٥ (ج٣/ص١٢٤٨) ولم أعثر عليه في صحيح البخاري .

6 - أخرجه البخاري في صحيحه - كِتَاب الْهِبَةِ وَفَضْلِهَا- بَاب ما قِيلَ في الْعُمْرَى وَالرُّقْبَى -رقم٢٤٨٢(ج٢/ص٩٢٥).

7 - في المخطوط "فهي".

8 - أخرجه مسلم في صحيحه- كِتَاب الْهِبَاتِ –باب العمرى -رقم١٦٢٥ (ج٣/ص١٢٤٥).

9 -في المخطوط "وعقبه" والصحيح ما أثبت.

10 - أخرجه البخاري في صحيحه -كِتَاب الْمُزَارَعَةِ -بَاب من أَحْيَا أَرْضًا مَوَاتًا – رقم ٢٢١٠(ج٢/ص٨٢٣).ومسلم في صحيحه - كِتَاب الْهِبَاتِ -بَاب الْعُمْرَى –رقم ١٦٢٥ واللفظ له (ج٣/ص١٢٤٥). وأبو داود في سننه - كتاب الْإِجَارَةِ - بَاب في الْعُمْرَى -رقم ٣٥٥١ (ج٣/ص٢٩٤). و الترمذي في سننه –كتاب الرقبى-بَاب ما جاء في الْعُمْرَى –رقم١٣٥٠ =(ج٣/ص٦٣٢). و ابن ماجه في سننه -كتاب الهبات -بَاب الْعُمْرَى -رقم٢٣٧٩ (ج٢/ص٧٩٦). و النسائي في السنن الكبرى -كتاب العمرى -باب العمرى ميراث -رقم٦٥٥٥ (ج٤/ص١٢٩).

11 -نهاية ورقة ٣٧٤ من (أ).

12 - بعدها زيادة من (أ) "لا تعمروا ولا ترقبوا " وهي زيادة غير صحيحة .

قلت: الظاهر أنه صلى الله عليه وآله إنما أراد إرشادهم إلى الاقتصاد في الأموال لئلا يندموا بدليل قوله صلى الله عليه وآله في الرواية الأخرى" أَمْسِكُوا عَلَيْكُمْ أَمْوَالَكُمْ ولا تُفْسِدُوهَا فإنه من أَعْمَرَ عُمْرَى فَهِيَ لِلَّذِي أُعْمِرَهَا حَيًّا وَمَيِّتًا ولِعَقِبِهِ "[٢].

وأما الرقبى فمذهب العترة والشافعي أنها مشروعة للأحاديث المذكورة ونحوها[٣]، وذهب أبو حنيفة ومحمد إلى أنها غير مشروعة [٤]، لقوله صلى الله عليه وآله " لَا تُرْقِبُوا"[٥].

قلت: هو مثل قوله صلى الله عليه وآله "ولا تعمروا"[٦] و[قد] [٧] تقدم تأويله، وإنما خلافهما فيها إذا لم تكن على وجه العارية، ويلزمهم أن لا يصححوها عارية وهم يصححونها ذكره في البحر ، وفيه عن مالك أنه قال: لَا أَدْرِي مَا الرُّقْبَى ؟

قُلْنَا : لَعَلَّهُ لَمْ يَبْلُغْهُ مَا وَرَدَ فِيهَا انتهى [٨].

واعلم أن العمرى والرقبى يصحان عند الجمهور في كل ما ينتفع به على وجه يحل [٩].

وحاصل ما ذكره المؤلف عليلم فيهما أنهما تقعان على أحد ثلاثة أوجهٍ مقيدتين [ومؤبدتين][١٠]، ومطلقتين، وقد بدأ بذكر المقيدتين، ومثالهما أن يقول أعمرتك، أو أرقبتك داري، أو أرضي، أو جاريتي، أو دابتي، أو[١١] غير ذلك مدة عمري، أو عمرك، أو سنة، أو سنتين، أو نحو ذلك، ولا فرق بين أن يكون التوقيت بمعلوم أو مجهول كما مثل، فهذه في معنى العارية عند أهل المذهب فلا يحل للمعمر، ولا المرقب وطء الأمة المعمرة والمرقبة كما لا يحل للمستعير وطء الأمة المستعارة فإن وطئها حُد مع العلم بالتحريم لا مع الجهل لأجل الشبهة لكن يلزم المهر لمالكها وإن وطئت بشبهة أو أنكحها المالك فالمهر له لا للمعمر.

---

1 -أخرجه أبو داود في سننه - كتاب الْإِجَارَةِ -بَاب من قال فيه ولِعَقِبِهِ -رقم٣٥٥٦ (ج٣/ص٢٩٥). وهو صحيح .ينظر صحيح وضعيف سنن أبي داود - رقم٣٥٥٦.

2 - أخرجه مسلم في صحيحه - كِتَاب الْهِبَاتِ –باب العمرى -رقم١٦٢٥ (ج٣/ص١٢٤٦).

3 - البحر الزخار - (١٠ / ٣٤٥)والحاوي الكبير (ج٧/ص٥٣٩) .

4 - الهداية شرح البداية (ج٣/ص٢٣٠).

5 - سبق تخريجه آنفاً .

6 - سبق تخريجه آنفاً .

7 - الزيادة من (ب).

8 - البحر الزخار - (١٠ / ٣٤٥) والقوانين الفقهية (ج١/ص٢٤٥) .

9 - شرح الأزهار - (٣ / ٤٥٤).

10 - سقط من (ب).

11 - في (ب)"و".

قال في الغيث: لا يقال القياس أنه للمعمر لأن له الفوائد الفرعية والمهر من جملتها لأنا نقول إنّ الفوائد الفرعية مباحة له وهو لا يملكها بل يباح له الانتفاع بها فقط لأخذ العوض [عليها] [1] ولهذا لم يحل للمعمر أن يطأ الجارية المعمرة إعماراً مقيداً لأن الفروج لا تحل بالإباحة انتهى [2].

ويفارقان العارية في أنه يجوز للمعمر والمرقب أن يعمرا أو يرقبا، ولا يجوز للمستعير أن يعمر على المذهب، وأنه يجوز لهما الانتفاع بفوائد العين الأصلية كالتمر واللبن والصوف بخلاف العارية المطلقة التي لم يستعر لذلك، فإن استعيرت له كان حكمها حكم العمرى فيما ذكر.

وذهب أبو حنيفة والشافعي في الجديد: إلى أن المعمرة [و] [3] المرقبة تكون هبة للمعمر كالمؤبدة [4]، واحتجا لذلك بما ورد في بعض روايات حديث جابر الذي مر حيث قال:" قَضَى رسول اللَّهِ صلى الله عليه وآله في امْرَأَةٍ من الْأَنْصَارِ أَعْطَاهَا ابْنُهَا حَدِيقَةً من نَخْلٍ فَمَاتَتْ فقال ابْنُهَا إنما أَعْطَيْتُهَا حَيَاتَهَا وَلَهُ أخوة فقال صلى الله عليه وآله هِيَ لها حَيَاتَهَا وَمَوْتَهَا قال كنت تَصَدَّقْتُ بها عليها قال ذلك أَبْعَدُ لك "هذه الرواية لأبي داود [5].

قلنا: يحمل على أن إخوته لم[6] صادقوه على ما ادعاه من التوقيت ولم يبين بذلك والأصل عدمه كما سيأتي قالوا قال صلى الله عليه وآله من أعمر شيئاً أو أرقبه فهو سبيل الميراث [7].

قلنا: أراد حيث أطلق فلا دلالة فيه .

نعـــم: وظاهر حكاية أصحابنا أن أبا حنيفة والشافعي يقولان بذلك في كل مؤقتة، والصحيح أن خلافهما في المؤقتة بمدة حياة المعمر فقط يدل على ذلك ما حكاه في البحر عن الإمام ح: أن الْمُؤَقَّتَة بِغَيْرِ الْعُمْرِ كَالشَّهْرِ وَالسَّنَةِ عَارِيَّةٌ إجْمَاعًا [8].

يعني ويقتضي إباحة الفوائد كما تقدم .

---

1 - **الزيادة من (ب).**

2 - **الغيث المدرار ج٣(خ) .**

3 - **سقط من (أ).**

4 - **المهذب (ج١/ص٤٤٨).و الهداية شرح البداية (ج٣/ص٢٣٠)، أما الرقبى فهي باطلة عند أبي حنيفة.**

5 - **أخرجه أبو داود في سننه -كتاب الْإِجَارَةِ - بَاب من قال فيه ولِعَقِبِهِ-رقم٣٥٥٧ (ج٣/ص٢٩٥). وهو ضعيف الإسناد. ينظر (صحيح وضعيف سنن أبي داود) – رقم٣٥٥٧.**

6 - **في (ب)"ما".**

7 - **-أخرجه البيهقي في السنن الكبرى - كتاب الوقف -باب الرقبى -رقم١١٧٦٧ -(ج٦/ص١٧٥)، وإسناده صحيح.(إرواء الغليل - (٦ / ٥٣).**

8 - **-البحر الزخار - (١٠ / ٣٤٢) .**

تنبيـــــهٌ: وإنما أقتصر المؤلف عليلم على قول إباحة للفوائد ولم يقل الأصلية مع الفرعية كما في التذكرة والأزهار،[1] لأجل ما أورد عليهما من التنظير، فإن قيل : ما المراد بالفرعية إن أريد بها المهر فقد قالوا أنه لو وطئها مع الجهل لزمه المهر لمالكها، وإن أريد الكراء، فليس له أن يكريها، لأنه إنما أبيح له الانتفاع كالموصي له بالمنفاع، وإن أريد حيث استعملها الغاصب، فهو إنما أتلف منافعها على مالكها فيكون الكراء [له] [2] انتهى[3].

وقد روي عن الحفيظ: أنه يجوز للمعمر أن ينتفع بمهر الأمة المعمرة، وكذا بكراء الدار المعمرة حيث استعملها الغير، وعلى هذا بنى ابن مظفر في بيانه صريحاً،[4] وعلى هذا فلا تنظير على كلامي التذكرة والأزهار، ولا ينافي بين أن يكون المهر والكراء ملكاً لمالك العين، ويباح للمعمر الانتفاع بهما كسائر الفوائد، وحيث يكون الواطئ هو المعمر يثبت المهر في ذمته للسيد، و لا يلزمه تسليمه إليه إلا أن يطالبه بذلك كذا قيل، والله أعلم [5].

وقول المؤلف عليلم "غالباً" احتراز من ولد المعمرة أو المرقبة فإنه مستثنى من الفوائد الأصلية [فإنه لا] [6] يجوز للمعمر استهلاكه، ذكره المنصور وقواه في الغيث [7].

وأما فوائده كالصوف واللبن فللمعمر أن ينتفع بها كما ينتفع بفوائد أمّه.

تنبيـــــهٌ: وقولنا أن الفوائد مباحة للمعمر، وليست ملكاً له، يقتضي أنه لا يصح منه بيع شيء منها ولا المعاوضة عنه بأي [وجه] [8] ككل مباح له، والله أعلم.

قوله عليلم: " **وبنحو التأبيد هِبَةٌ** "بيان لحكمي العمرى والرقبى المؤبدتين ونحوهما [وهما المطلقتان] [9] إذ مراده بنحو التأبيد الإطلاق، أما المؤبدة فمثالها أن يقول أعمرتك أو أرقبتك داري هذه أو أرضي أو نخلتي أو دابتي أو جاريتي أبداً فهذه هبة اتفاقاً، يتبعها أحكام الهبة فتفتقر إلى القبول في المجلس ذكره المؤيد في الإفادة [10].

---

1 - التذكرة الفاخرة (ص ٤٧٨)والأزهار - (١ / ١٣٨).
2 - سقط من (ب).
3 -حاشية شرح الأزهار - (٣ / ٤٥٦).
4 -البيان لابن مظفر (٤٢٧/٣) .
5 - الحفيظ في الفقه(خ) والبيان لابن مظفر، بنحوه (٤٢٨/٣) .
6 - في (ب)"فلا" بدل مابين المعقوفتين.
7 - الغيث المدرار ج٣(خ) .
8 - الزيادة من (أ).
9 - في (ب)"المطلقتين"بدل مابين المعقوفتين.
10 -الإفادة (خ).

قال الأستاذ[١/]: ويجوز الرجوع فيها [٢]، ويأتي خلاف من منع من الرجوع في الهبة هنا.

وأما المطلقة فمثالها أن يقول أعمرتك أو أرقبتك كذا ولا يذكر تأبيداً ولا تقييداً، فإن حكم هذه المؤبدة في أنها هبة يتبعها أحكامها كما تقدم، ومن نحو المؤيدة أن يقول [لك] [٣] ولورثتك بعدك أو نحو ذلك.

وأما حيث يقول أعمرتك هذا الشيء مدة بقائه فقيل ح يكون كالمطلقة، وقيل ل: كالمؤقتة وصحح في الغيث الأول.

قال: إذ التقييد بذلك لم يفد شيئاً [٤].

وفي شرح الإبانة عن الناصر ومالك أن المطلقة كالعارية [٥].

قال في الغيث: وإذا أختلف المعمِر والمعمَر في التقييد فالقول قول منكر التقييد لأن العمرى والرقبى تقتضي التأبيد والتأقيت وجهٌ طارئٍ فمن يدعيه تلزمه البينة هكذا ذكره أصحابنا انتهى [٦].

قيل: وإذا شك المعمر في الإطلاق كره له وطء الأمة، ويجوز وطؤها عملا بالظاهر [٧]، وإنما عدل المؤلف عليلم عن عبارة الأزهار للاختصار والسلامة عما ورد على عبارة الأزهار من التنظير، ولما في قوله " تَتْبَعُهَا أَحْكَامُهُمَا"[٨] [٩]من إيهام عود ذلك إلى الرقبى فقط[١٠].

قوله عليه السلام[١١/] :" **وَالسُّكْنَى عَارِيَّةٌ غالباً** "فمن قال لغيره أَسْكَنْتُك دَارِي أَوْ هِيَ لَك سُكْنَى ، أَوْ عُمْرَى سُكْنَى، أو صَدَقَة سُكْنَى أَوْ هِبَة تَسْكُنُهَا [١٢]، أو عُمْرَى تَسْكُنُهَا، أو نحو ذلك، فإنها تكون عَارِيَّة فِي جَمِيعِ ما ذكر تَتْبَعُهَا أَحْكَامُهَا عند العترة والشافعي [١٣].

---

1 - نهاية ورقة ٣٩٤ من (ب).
2 -البيان لابن مظفر (٤٢٨/٣)وحاشية شرح الأزهار - (٣ / ٤٤٩).
3 - الزيادة من (أ).
4 - الغيث المدرار ج٣(خ) .
5 - شرح الإبانة (خ) .
6 -الغيث المدرار ج٣(خ) .
7 -البيان لابن مظفر (٤٢٨/٣).
8 -في المخطوط "أحكامها".
9 - الأزهار - (١ / ١٣٨).
10 - كتاب التحرير - (١ / ٥٢٨).
11 - نهاية ورقة ٣٧٥ من (أ).
12 - في (ب)"سكنى".
13 - البحر الزخار - (١٠ / ٣٤٩).

[و] [١] قال أبو حنيفة وأصحابه: إنْ قَالَ هِيَ لَك سُكْنَى أَوْ صَدَقَةٌ سُكْنَى أو عمرى عَارِيَّةً فَعَارِيَّةٌ ، وَإِنْ قَالَ هِيَ لَك عمرى تسكنها أَوْ هِبَةٌ تَسْكُنُهَا أَوْ صَدَقَةٌ تَسْكُنُهَا فَهِبَةٌ كَلَوْ قَالَ وَهِبْتُهَا مِنْك[٢] تُؤَاجِرُهَا أَوْ[٣] تُعِيرُهَا إذْ[٤] قَوْلُهُ تَسْكُنُهَا بَعْدَ ذِكْرِ الْهِبَةِ وَالْعُمْرَى وَالصَّدَقَةِ لَغْوٌ[٥].

قُلْنَا: الظَّاهِرُ إرَادَةُ السُّكْنَى [ولا] [٦] وجه للفرق فيكون للمالك الرجوع متى شاء سواء كانت مطلقة أم مؤقتة .

فــــــرعٌ: فإن قال له أسكنتك عرصتي هذه كان له أن يعمرها و[٧] يسكنها وتكون عارية كما تقدم، فلو غرس فيها كان غاصباً لها وإذا رجع المالك عن السكنى بعد أن بنى فيها المستعير رجع عليه بما غرم في بنائه من الأجرة إن كانت [له] [٨] الآلة ملكاً للمعير

فإن[٩] كانت من المستعير خير بين أحد قيمة البناء أو نقضه كما مر حيث كانت مطلقة أو مؤقتة، ورجع قبل انقضاء الوقت و كذا حيث رجع ورثة المعير، وقيل ح: لا خيار له حيث رجع الورثة وقد مرّ، وإذا كانت مؤقتة لم تبطل بموت المعير قبل انقضاء الوقت بل يكون من عند مرض موته وصية من ثلث تركته.

واختلفوا في كيفية اعتبار الثلث، فقال أبو طالب: سكن منها مقدار ثلث مال المعير، فإن كانت الدار يخرج من ثلثه سكنها إلى موته أو مضى المدة المقدرة، وإن كان لا ملك [له][١٠] سواها سكن ثلثها كذلك [١١].

وقال الأستاذ أبو جعفر: أنه يسكنها حتى يستغرق الأجرة قدر ثلث تركة الميت أو بموت المستعير أو بمضي المدة المقدرة[١٢].

وشرط التأبيد في العارية لا يمنع الرجوع لكنه يكره لإخلاف الوعد إلا لعذر [١٣].

---

1 - **الزيادة من (أ).**
2 - **في (أ)"لك" وفي البحر ما أثبته.**
3 - **في (أ)"و" وفي البحر ما أثبته..**
4 - **في (أ)"و" وفي البحر ما أثبته.**
5 - **البحر الزخار - (١٠ / ٣٤٩). و المبسوط للسرخسي (ج١٢/ص٩٦) .**
6 - **في (ب)"كررت مرتين".**
7 - **في (ب)"أو".**
8 - **الزيادة من (أ).**
9 - **في (ب)"وإن".**
10 - **سقط من (ب).**
11 - **البيان لابن مظفر (٤٣٠) .**
12 - **المرجع السابق.**
13 - **المرجع السابق.**

وقوله "غالباً" احترازٍ من أن يكون المعير شرط على المستعير أن يكون ما بناه بدلاً من سكناه، فإنها لا تكون عارية حينئذ بل إجارة فاسدة، فإن كانت الآلة من المعير فالبناء له وللمستعير أجرته فيما عمل من البناء وغيره، وما غرم [فيه] [1] مما هو معتاد، [و] [2] عليه أجرة سكناه، وإن كانت [الآلة] [3] من المستعير فالبناء له فإن تراضيا على أن يكون البناء في مقابلة أجرة السكنى جاز ذلك، وإن لم يتراضيا به كان للمستعير الخيار في البناء كما مر، وهذا حيث طلبه المعير نقضه أو منعه من السكنى، فأما حيث امتنع هو من السكنى من غير أن يمنعه مالك العرصة فله رفع بنائه، وعليه الأجرة لما قد سكن ولا خيار له ولا أرش [4].

فائــــدة: قيل وإذا مال جدار الدار المعارة أو المؤجرة فعلى مالكه إصلاحه فلو غاب أو تمرد لزم المستعير، أو المستأجر إصلاحه حيث يخشى من سقوطه إضرار بغيره، ويرجع بما غرم في ذلك على المالك حيث نوى الرجوع، وفي اعتبار إذن الحاكم ما تقدم فإن لم يصلحه حتى سقط فأعنت ضمن أرش ما جنى على نفس أو مال لأن إمساكه إياه من دون إصلاح تعد[5]، والله أعلم.

.[والحمد لله رب العالمين وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وسلم تسليماً.

تم الجزء[6] الثاني من ثلاثة أجزاء من شرح الأثمار بمنّ الله العزيز الكريم الغفار، الذي كل شيء عنده بمقدار، فله الحمد آناء الليل وأطراف النهار، ما طلت الأقمار.

وكان الفراغ من تحصيل هذا الكتاب المبارك الجليل المشتمل على العلوم الجمة، الكثير منها، والقليل، في ضحى يوم الجمعة الأغر، لعله التاسع من شهر رمضان المعظم، أحد شهور سنة سبع وسبعين وألف، من الهجرة النبوية، على صاحبها أفضل الصلاة والتسليم .

نسأل الله أن يجعل ذلك خالصاً لوجهه الكريم، و مقرباً من جنات النعيم آمين آمين.

وذلك مما رقم برسم سيدنا الفقيه الأفضل الأوحد الأكمل[7] جمال الدين المجاهد في سبيل رب العالمين جزاه الله أفضل ما جزى به أهل العناية في إحياء شريعة رسول رب العالمين، والساعين في إقامة سنة سيد المرسلين صلوات الله عليه وعليهم أجمعين، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم .

---

1 - **سقط من (ب).**

2 - **سقط من (ب).**

3 - **في (ب)" آلة البناء "بدل ما بين المعقوفتين.**

4 - **البيان لابن مظفر (٤٣٠) بتصرف.**

5 - **المرجع السابق.**

6 - **في المخطوط "الجزو".**

7 - **مع جلالة قدر الموصوف إلا أن هذا من الإطراء الغير محمود.**

وذلك بخط أفقر الورى إلى عفو الله ومسامحيه السائل ممن أطلع عليه أو قرأ فيه، الدعاء بالمغفرة، حسن أحمد بن إبراهيم الآنسي وفقه الله إلى ما يرضيه، وجنبه معاصيه، إنه على كل شيء قدير، وبإجابة الدعاء جدير، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم.

أقسمت بالله على كل من أبصر خطي حيث ما أبصره، أن يدعوا الرحمن لي مخلصاً بالعفو والتوفيق والمغفرة، والحمد لله ذي المنّ و الافضال، على كل حال من الأحوال، وصلى الله على سيدنا ونبينا محمدٍ وعلى آله الأكرمين، وصحابته المطهرين، صلاة متصلة من اليوم إلى يوم الدين.[1/][١] [٢].

[وافق الفراغ من رقم هذا السفر المفيد بعون الحمد المحمد، ضحى يوم الخميس ١٩ من شهر شوال، أحد شهور عام ١٠٧٨ بعناية مولانا، ومالكنا السيد المقام الأكرم الهمام الأعظم درة تاج العترة الطاهرة، وذروة كرمها الشامخة الزاهرة، مولى المكارم وعصارة الأكارم، وسلالة للأطايب من ذؤابة هاشم سيف الله [القاسم] [٣][٤] شرف الدين الحسين الحسن الإمام القاسم أطال الله تعالى أيامه، وقرن بالتأييد والصلاح حلَه وَابرامَه، بحق محمد وآله[٥] صلى الله عليه وعلى آله[6/][٦]] [٧].

الخاتمـــــة

النتائج والتوصيات

---

1 - نهاية ورقة ٣٧٦ من (أ).

2 - الزيادة من (أ) وهو إدراج من الناسخ.

3 - في (ب)" القاصم "والصحيح " بالسين".

4 -مع جلالة قدر الموصوف إلا أن هذا من الإطراء الغير محمود.

5 -هذا من التوسل الغير مشروع، والأصل أن يتوسل إلى الله بما شرعه من أسمائه وصفاته، ومن توحيده والإخلاص له، ومن الأعمال الصالحات. قال تعالى: (وَلِلَّهِ الْأَسْمَاءُ الْحُسْنَى فَادْعُوهُ بِهَا).(سورة الأعراف الآية ١٨٠).

6 - نهاية ورقة ٣٩٥ من (ب).

7 - الزيادة من (ب) وهو إدراج من الناسخ.

بفضل من الله سبحانه وبتوفيق منه تم استكمال دراسة وتحقيق كتاب (تفتيح القلوب والأبصار للاهتداء إلى كيفية اقتطاف الأثمار)ومن خلال دراستي للكتاب المذكور وتحقيق نصوصه كان خروجي بالنتائج والتوصيات الآتية ــ

أولاً : أهم النتائج من عدة جوانب :

- **من جانب الإمام العلامة ابن بهران التميمي الصعدي رحمه الله:**

١-وقفت في ترجمة ابن بهران على صورة مشرقة لأهمية طلب العلم والجد في تحصيله.

٢-تعرفت على جلة شيوخ وتلامذة ابن بهران رحمه الله .

٣-تعرفت على جلة مؤلفاته ومصنفاته، التي كانت رديفاً للمكتبة الإسلامية وثروة لا تقدر بثمن .

٤-تعرفت على منهج وطريقة ابن بهران في عرض المسائل ومناقشتها.

٥- تفرد الإمام شرف الدين وتلميذه ابن بهران بأقوال تخالف المذهب الزيدي انطلاقاً من مبدأ حرمة التقليد وأنه لا يجوز في حق المجتهد.

- **من جانب الكتاب :**

١-أن كتاب "تفتيح القلوب والأبصار "يعتبر شرحاً لكتاب الأثمار الذي هو مختصر لكتاب الأزهار للإمام المهدي بن يحيى بن المرتضى المتوفى (٨٤٠هــ)فجمع بين طياته شرحاً للأثمار والبحر والأزهار.

٢-أن كتاب "تفتيح القلوب والأبصار "يعتبر من أهم كتب الفقه المقارن فقد اشتمل على أقوال وأدلة علماء الأمصار ومقارنتها ببعضها.

٣-أن أغلب الأقوال التي قال بها ابن بهران توافق المذهب الحنفي في كثير من المسائل.

- **من جانب فصول الكتاب ومسائله:**

أولاً: كتاب الطلاق:

١- أن الطلاق إِنَّمَا يَصِحُّ مِنْ زَوْجٍ مُخْتَارٍ مُكَلَّف غَالِبًاً.

٢- أن اللَّفْظِ الصريح فِي الطلاق لا يفتقر إلى النية.

٣- أن الطلاق بألفاظ الكناية يقع مع النية.

٤- يقع الطلاق بالكتابة بشرط أن تكون واضحة مستبينة.

٥- أن الطلاق في حق ذوات الحيض نوعان عند أهل المذهب ومن وافقهم سني وبدعي فالسني ما جمع الأربعة الشروط، وضدها يكون بدعيا وهي أن يوقع طلقة واحدة فقط، وأن يطلقها في طهر، وأن يكون الطهر الذي طلقها فيه لم يقع من الزوج وطئ فيه للزوجة، لا قبل الطلاق ولا بعده، و أن لا يكون قد وقع منه وطئ لها ولا طلاق في الحيضة المتقدمة على ذلك الطهر. وأما في حق غير ذات الحيض، كالآيسة لصغر أو كبر والحامل، وكذا الضهياء على الصحيح شرطه أن لا يزيد على طلقة واحدة فقط.

٦- من أراد التطليق ثلاثاً أن يفرق الثلاث التطليقات على الأطهار إن كانت ذات حيض، فيطلقها في كل طهر طلقة، وإن لم تكن ذات حيض، فرق التطليقات على الشهور، فيطلقها في كل شهر طلقة فقط، حتى يكون الطلاق للسنة.

٧- أن الطلاق البدعي يقع ، ويأثم غالباً.

٨- أن الطلاق الرجعي ما وقع بعد وَطْءٍ عَلَى غَيْرِ مَالٍ، ولَيْسَ ثَالِثًا.

٩- أن الطلاق المعلق يقع ولا تأثير لتعليق الطلاق بالأمكنة، فلو قال أنت طالق في الدار طلقت في الحال، وإن لم تكن في الدار، وما علق بمستحيل نحو أنت طالق أمس لَا يَقَعُ.

١٠- وَلَا يَصِحُّ التَّحْبِيسُ وَهُوَ مَتَى وَقَعَ عَلَيْك طَلَاقِي فَأَنْتِ طَالِقٌ قَبْلَهُ ثَلَاثًا.

١١- وَمَا أَوْقَعَ الطلاق عَلَى غَيْرِ مُعَيَّنٍ أَوْ الْتَبَسَ بَعْدَ تَعْيِينِهِ أَوْ الذي وَقَعَ شَرْطُهُ اعتزل كلاً، وَلَا يَصِحُّ مِنْهُ تعْيِينُ بل رَفْعُ اللَّبْسِ برجعة أَوْ طَلَاقٍ وإن امتنع من رفع اللبس أجبره الحاكم.

١٢- ولا يجوز الإكراه على الحلف بالطلاق ونحوه كالعتاق وصدقة المال .

١٣- للزوج أن ينيب ويوكل بدلا عنه، وله أن يرجع عن توكيله.

ثانياً : كتاب الخلع:

١- الخلع طلاق عَلَى عِوَضِ مَالٍ أَوْ فِي حُكْمِهِ للزوج من زوجته.
٢- يُجْبَرُ مُلْتَزِمُ عِوَض فِي الْعَقْدِ .
٣- إذا خالع فضولي عن الزوج أو عن الزوجة بعقد، فأجازه من خالع عنه نفذ.
٤- لا يحل للزوج أن يأخذ من زوجته عوضاً في الخلع زيادة على المهر، فإن خالعها على مهرها، ولم يكن قد دخل بها رجع عليها بنصف ذلك المهر.

٥- يلزم الغارّ للزوج في المخالعة مهر مثل زوجته عوضاً عن الخلع سواءً كان ذلك الغار هو الزوجة أو غيرها.

٦- وينفذ عوض الخلع إذا وقع في حال مرض الموت من ثلث تركة الملتزم له.

٧- الخلع طلاق بَائِنٌ لا فسخ و يَمْنَعُ الرَّجْعَةَ ولو شرطت ويمنع الطَّلَاقَ.

٨- إذا اختل شيء من القيود المعتبرة في صحة الخلع كان الطلاق رجعياً لا بائناً. كأن يطلقها على عوض غير مال ونحوه.

٩- والطَّلَاقَ لَا يَتَوَقَّتُ كأن يقول أنت طالق شهرا أو سنة و لا يتوالى فلا تقع طلقتان إلا إذا تخلل بينهما رجعة.

ثالثاً: باب الْعِدَّةِ والرجعة:

١- هي في الشرع اسم لمدة تتربص فيها المرأة لحل نكاحها بعد انقضائها.

٢- و تَجِبُ بعد طَلَاق بَعْدَ دُخُولٍ أَوْ خَلْوَةٍ بِلَا مَانِعٍ حقيقي عَقْلِيٍّ ".

٣- العدة على ثلاثة أضرب: عن طلاق، وعن موت، وعن فسخ.

٤- الضَّهْيَاءِ وهي البالغة التي لم يأتها حيض قط، وَالصَّغِيرَةُ غير البالغة عدتهما بِالْأَشْهُرِ فإن فَإِنْ بَلَغَتْ الصغيرة بِالْحَيْضِ اسْتَأْنَفَتْ العدة بالحيض، ولا تبني على ما قد مضى من الأشهر ".

٥- وتثبت فِي عِدَّةِ الرَّجْعِيِّ فقط الرَّجْعَةُ وأحكام النكاح غالباً.

٦- عدة الوفاة تكون بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام، سواء كانت الزوجة مدخولة أم لا. والحامل بالوضع .

٧- وعدة الأمة كالحرة لا فرق بينهما.

٨- وتبدأ العدة من حين الوقوع لا العلم.

٩- ويجب على المرأة الاحداد في عدة غير الطلاق الرجعي، البائن والفسخ والوفاة عند أهل المذهب.

١٠- وتُسْتَبْرَأُ حَامِلُ مِنْ زِنًى لِلْوَطْءِ بِالْوَضْعِ، وأُمُّ الْوَلَدِ عَتَقَتْ بنحو حَيْضَتَيْنِ ، وثَالِثَةٌ لِلْمَوْت ندباً.

١١- وللمطَلق رَجْعِيًّا مُرَاجَعَةُ مَنْ لَمْ تَنْقَضِ عِدَّتُهَا.

١٢- ويعتبر في انقضاء عدة الحائض كمال الغسل من الحيض، أو ما في حكم الغسل.

١٣- وتكون الرجعة بلفظ، أو بما في حكم اللفظ كالكتابة وإشارة الأخرس المفهمة.

١٤- و عند اختلاف الزوجين في الطلاق والرجعة، القول لمن أنكر خلاف الأصل منهما، والبينة على المدعي منهما لذلك.

رابعاً : بَابُ الظهارِ:

١- هو مأخوذ من لفظ الظهر وحده قول يدل على تحريم الوطء مع بقاء الزوجية.

٢- الظهار محظور إجماعاً لقوله تعالى **(**وإنهم ليقولون منكراً من القول وزوراً **)** فلا يصح التوكيل به ولا تعليقه بمشيئة الله في الإثبات.

٣- صَرِيحُهُ قَوْلُ مُكَلَّفٍ مُخْتَارٍ مُسْلِمٍ " فلا يصح بغير القول كالكتابة والإشارة

٤- لا يصح ظهار المرأة لزوجها بأن تقول أنت علي كظهر أبي، أو أنا عليك كظهر أمك أو نحو ذلك.

٥- ولا تصح مظاهرة الأجنبية ولو بشرط النكاح، ولا مظاهرة المملوكة إجماعاً في غير أم الولد.

٦- يثبت حكم الظهار بتشبيه المظاهَر منها بأُم المظاهِر، أو يشبه جزءاً منها بجزء من أمه حال كون ذلك الجزء متصلاً، وإذا كان متصلاً فلا ينعقد.

٧- ويدخل الظهار توقيت وتقييد إلَّا بِمَشِيئَةِ اللَّهِ فِي الْإِثْبَاتِ وتشريك وتخيير.

٨- ويَحْرُمُ بِهِ الْوَطْءُ ومُقَدِّمَاتُهُ حَتَّى يُكَفِّرَ أَوْ يَنْقَضِيَ وَقْتُه ولو فَعَلَ.

٩- وللزوجة طَلَبُ الرَفْعِ فَيُحْبَسُ لَهُ إنْ لَمْ يُطَلِّقْ أو يكفر.

١٠- ولَا يَرْفَعُهُ التَّكْفِيرِ إلا بَعْدَ الْعَوْدِ وهُوَ إرَادَةُ نحو الْوَطْءِ.

١١- لا يهدم حكم الظهار إلا الكفارة، فلو ظاهر من زوجته ثم طلقها لم ينهدم حكم الظهار حيث راجعها أو عقد بها.

١٢- تجب كفارة الظهار مرتبة العتق ثم الصيام ثم الإطعام كما دلت عليه الآية.

١٣- ويتابع الصيام وإلا اسْتَأْنَفَ إلَّا لِعُذْرٍ فَيَبْنِي. فَإِنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ أَوْ تَمْلِيك سِتِّينَ كَالْيَمِينِ، وَيَأْثَمُ إنْ وَطِئَ فِيهِ.أي حال الإطعام.

١٤- لا تتعدد الكفارات إلا لتعدد الزوجات اللاتي ظاهر منهن، وكذلك إذا ظاهر من زوجته ثم عاد فكفر، ثم ظاهر منها ثم عاد فكفر ثم كذلك، فإنها تتعدد عليه الكفارات بحسب ذلك، ولا تتعدد الكفارات فيما عدا هاتين الصورتين عند أهل المذهب.

خامساً : بَاب الايلاء:

١- هو الحلف من الزوجة أربعة أشهرٍ فصاعدا.

٢- وينعقد الايلاء حال الغضب إجماعاً، وكذلك حال الرضا عند الأكثر.

٣- يثبت للزوجة حق المطالبة بالفيء إجماعاً، بعد مضي الأربعة الأشهر.

٤- فَيُحْبَسُ حَتَّى يَفِيءَ بِالْوَطْءِ وَالْعَاجِزُ بِاللَّفْظِ ويُكَلِّفُهُ مَتَى قَدَرَ.

٥-ويَهْدِمُهُ التَّثْلِيثُ لَا الردة " فمن إلى من زوجته ثم طلقها ثالثة إنهدم الايلاء وبطل حكمه.

سادساً : بَاب الحَضَانَةِ:

١-هي مشتقة من الحضن وهو أسفل من الإبط وفي الشرع: حفظ المولود وتربيته في الحولين، وقيل حتى يستغني بنفسه، وأجرة الحضانة على من تلزمه نفقته.

٢-الأم أولى بإرضاع ولدها وتربيته إذا طلبت ذلك، فإن أسقطت حقها من ذلك، رباه غيرها إن قبل ذلك وإلا أجبرت.

٣-إذا عدمت الأم أو نحو ذلك انتقلت الحضانة إلى أمهاتها وإن علون على الترتيب، ولا حضانة لغيرهنّ مع وجودهنّ ، ثُمَّ الْأَبُ الْحُرُّ، ثُمَّ الْخَالَاتُ، ثُمَّ أُمَّهَاتِ الأب، ثُمَّ أُمَّهَاتُ أبيها، ثُمَّ الْأَخَوَاتُ، ثُمَّ بَنَاتُ الْخَالَات، ثُمَّ الْأَخَوَاتِ ثُمَّ الْإِخْوَة، ثُمَّ الْعَمَّاتُ ثُمَّ بَنَاتُ الأعمام، ثُمَّ عَمَّاتُ الْأَبِ ، ثُمَّ بَنَاتُهُنَّ ، ثُمَّ بَنَاتُ أَعْمَامِ الْأَبِ، وَيُقَدَّمُ ذُو السَّبَبَيْنِ ثُمَّ ذُو الْأُمِّ، وَتَنْتَقِلُ بِفِسْقٍ ومنفر وتزوج، إلا برحمة.، وتعود الحضانة بارتفاع الفسق والمنفر، والنكاح المذكورات، ثم الْأَقْرَبُ الْأَقْرَبُ مِنْ الْعَصَبَةِ الْمَحَارِمِ، ثُمَّ مِنْ ذَوِي الرَّحِمِ الْمَحَارِمِ، " ثُمَّ بِالذَّكَرِ عصبة غَيْرِ مَحْرَمٍ، ثُمَّ بِالولاية، ولذي الحضانة الِامْتِنَاعُ إنْ أغنى غَيْرَه، وتستحق الحاضنة أجرة الحضانة إن طلبتها.

سابعاً : بَاب النفقات:

١-هي أنواع: نفقة الزوجة، ونفقة القريب، ونفقة المماليك، وسد فاقة المضطر محترم الدم.

٢-والنفقة ما يقوم به البدن ومؤنتها وإدامها وكسوتها، وما يجري مجراها ودواء المريض.

٣-وتسقط النفقة عن الزوجة بنشوزها مدة إلا وقتاً يسيراً لا قِسطٍ لمثله فإنه لا يسقط بذلك شيء.

٤-يُنْفِقُ الْحَاكِمُ مِنْ مَالِ الْغَائِبِ ويبيع عليه العروض كما يبيعها عليه لقضاء دينه.

ثامناً : بَاب الرِّضَاعِ:

١- اسم لمص اللبن من الثدي وفي الشرع عبارة عن حصول لبن المرأة في معدة الطفل بشرط أن يصل اللبن معدة الطفل، بغير نحو حقنه، فِي الْحَوْلَيْنِ،و أن يكون لَبَنَ آدَمِيَّةٍ ولَوْ مَيِّتَةً، ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب .

تاسعاً: كتاب البيع:

وفيه تناول تعريف البيع وحكمه و شروط صحة الإيجاب والقبول وكذا ما يتعلق به من أحكام مع أنواعه وما يحرم بيعه ،و بيع ما لا نفع فيه ثم ذكر البيع والشراء الموقوفين وأحاكمها، ثم الشروط المقارنة للعقد، وما يدخل في المبيع ونحوه ، ثم ذكر تلف المبيع واستحقاقه، ثم البيع غير الصحيح.

عاشراً : بَاب الربويات:

وفيه تناول تعريفه وحكمه، وما يجوز فيه التفاضل والنساء وما يجوز فيه التفاضل لا النساء، ثم ذكر وجوه من البيع ورد الشرع بتحريمها وعدم صحتها.

الحادي عشر : بَاب الخيار :

وفيه تناول أسباب الخيار ثم ذكر خيار الرؤية وأحكامه،ومبطلاته،ثم ذكر صحة شرط الخيار في البيع حال عقده أو بعده،ثم ذكر حكم المبيع حيث الخيار للمشتري وحده، ثم خيار العيب وشروطه وأحكامه،ثم ذكر ما يمتنع به رد المبيع بالعيب وما يبطل به الرجوع بالأرش، ثم ذكر الوجوه التي يبطل بها الرد ويستحق الأرش، ثم ذكر ما ينفسخ به المعيب، إما بالتراضي بين البيعين مع إيجاب وقبول، أو ما في حكم القبول وهو القبض، ثم ذكر أحكاماً تتعلق بخيار الرؤية، وخيار الشرط، وخيار العيب للرد.

الثاني عشر : بَاب المأذون :

وفيه بين أن مَنْ أَذِنَ لمميزه، أَوْ سَكَتَ عَنْهُ فِي شِرَاءِ أَيِّ شَيْءٍ لنفسه، صَارَ مَأْذُونًا فِي شِرَاءِ كُلِّ شَيْءٍ وَبَيْعِ مَا شَرَى، وما لزم العبد بسبب معاملته من بيع وشراء ونحوهما مما يثبت برضا أربابه، وإذن مولاه فهو دين يتعلق برقبته،ويَرْتَفِعُ الْإِذْنُ بأحد ستة أمور منها الحَجر العام .

الثالث عشر: بَاب المرابحة:

وفيه بين أنها مشروعة جائزة صحيحة ، وهِيَ نَقْلَ الْمَبِيعِ أو بعضه بِالثَّمَنِ الْأَوَّلِ غالباً أو الحصة وَزِيَادَةٍ بِلَفْظِهَا أَوْ لَفْظِ الْبَيْعِ ، وشُرُوطُهَا ذِكْرُ كَمِّيَّةِ الرِّبْحِ ومعرفة أَحَدِهِمَا لرأس

المال حَالًا تَفْصِيلًا أَوْ جُمْلَةً فُصِّلَتْ في المجلس كَبِرَقْمٍ صَحِيحٍ ،ثم عقد فصلاً لبيان بعض أحكام المرابحة .

الرابع عشر: بَاب الإقالة:

وفيه بين شروط الإقالة ،والصور التي لا تصح الإقالة فيها ،وأن الإقالة والفسخ كلاهما إنما يكونان بالثمن الأول فقط ، و إذا تقايل المتبايعان في المبيع وقد حصلت فيه فوائد كانت تلك الفوائد للمشتري و يشترط الإقالة والفسخ القبول أو ما في حكمه .

الخامس عشر: بَاب القرض:

وفيه عرف القرض لغة واصطلاحا، ثم ذكر أحكامه، ثم ما يجب رده أو تسليمه على من هو عليه أو عنده.....إلى غير ذلك من الأحكام .

السادس عشر: بَاب السلم :

وفيه عرف السلم لغة واصطلاحا، وبين ما يصح فيه وما لا يصح ،ثم ذكر شروطه،ثم بين أنه مَتَى تفاسخا المسلم والمسلم إليه عقد السلم لَمْ يُؤْخَذْ إلَّا رَأْسُ الْمَالِ أو ضمانة، وأن السلم يصح بلفظ البيع .

السابع عشر: بَاب الصرف:

وفيه عرف الصرف وما يعتبر فيه، وشروطه، وما يتعلق به من أحكام.

الثامن عشر: كتاب الشفعة:

وفيه عرف الشفعة وأنها تثبت فِي كُلِّ عَيْنٍ مُلِكَتْ بِعَقْدٍ صَحِيحٍ بمال معلوم لِكُلِّ شَرِيكٍ غالباً مَالِكٍ فِي الْأَصْلِ ثُمَّ الشِّرْبِ ثُمَّ الطَّرِيقِ ثُمَّ الْمُلَاصِقِ ثم ذكر أسبابها ، وأنها تثبت بالبيع وتستحق بالطلب، ويملك بها المشفوع بالحكم، أو في حكمه، ثم ذكر مبطلاتها ، وأحكام أخرى تتعلق بها .

التاسع عشر: كتاب الإجارة:

وفيه ذكر أحكام الإجارة وما يتعلق بها ثم ذكر أحكام إجارة الآدميين ، ثم بين أن المزارعة نوع من الإجارة، وكذلك المغارسة، والمساقاة، والمباذرة، ثم أن المزارعة تنقسم إلى صحيحة وفاسدة، وأن الجعالة عند أهل المذهب إجارة فاسدة، يلزم بها أجرة المثل بتمام العمل لا المسمى، إلى غير ذلك من الأحكام .

العشرون: بَاب الإحياء والتحجر:

وفيه بين أن الإحياء والتحجر يجوزان للمسلم في موات لم تتعلق به حق غَالِبًا ثم بين كيفية الإحياء الذي يحصل به الملك وبيان كيفية التحجر الذي يثبت به الحق وغير ذلك.

الواحد والعشرون: بَاب المضاربة:

وفيه عرف المضاربة وبين حكمها وشروطها وأنه يَدْخُلُهَا التَّوْقِيتُ وكذا التَّعْلِيقُ والقصر غالباً.وأحكام أخرى تتعلق بها.

الثاني والعشرون: كتاب الشركة:

وفيه ذكر شروط شركة الْمَكَاسِبِ بين أهل ملة و أنواع شرك المكاسب (المفاوضة، والعنان، والوجوه، والأبدان) ثم عرف كل نوع وشروطه وأحكامه ومبطلاته.

الثالث والعشرون: بَاب شَرِكَةِ الْأَمْلَاكِ:

وفيه ذكر أنواعها وهي (شركة السفل والعلو، والشركة في الحيطان ونحوها، والشركة في السكك، وفيه ذكر حكم الطريق إذا التبس قدرها، وما يتعلق بذلك، والشركة في الشرب) مع ذكر أحكام كل نوع.

الرابع والعشرون: بَابُ الْقِسْمَةِ:

وفيه عرف القسمة لغة واصطلاحاً ثم ذكر حكمها و شروطها في الصحة، وشروطها في الإجبار، ثم أفرد فصلاً في أحكام قسمة المختلف والمستوي والفرق بينهما،ثم المعتبر في التقويم،ثم ذكر أربع صور فيما إِذَا اخْتَلَفَ الْأَنْصِبَاءُ فِي نحو أَرْضٍ أُخْرِجَ الِاسْمُ عَلَى الْجُزْءِ، مع مثال لكل صورة، ثم الْبَيِّنَةُ على مدعي خلاف الأصل .

الخامس والعشرون: كتاب الرهن:

وفيه ذكر تعريفه ودليل مشروعيته، وشروطه، وما يصح الرهن فيه وما لا يصح وأن الرهن كَالْوَدِيعَةِ غالباً ثم ذكر أحكاما ومسائل تتعلق به.

السادس والعشرون: كتاب العارية:

وفيه ذكر لغاتها وتعريفها، ودليل مشروعيتها، وأن حكمها حكم الوديعة إلا في بعض الأحكام، والفارق بينها وبين الغصب ونحوه العرف، ثم ذكر أحكاما أخرى ومسائل تتعلق بها.

وأخيراً: كتاب الهبة:

وفيه ذكر تعريفها ودليل مشروعيتها، وأنها عقد بإيجاب وَ قَبُول أَوْ مَا فِي حُكْمِه من مطلقي تصرفٍ غالباً،وأنه لا بد أن يقع القبول في مجلس العقد،وأنها تصح بلفظها نحو وهبت أو ما في حكم لفظها،وأنه يشترط في الموهوب ما يشترط في المبيع غالباً،ثم بين حكم الهبة على عوض،وأنه يصِحُّ الرُّجُوعُ في الهبة إلا لمانع وإن تراخى غالباً، وأن حكم الصدقة حكم الهبة إلا في أمرين،ثم ذكر صورا فيها يختلف الواهب والمتهب، وعند الاختلاف البينة على مدعي خلاف الأصل،ثم أفرد فصلاً للعمرى والرقبى وفيه ذكر تعريفهما وأصل مشروعيتهما وأحكاماً تتعلق بهما .

ثانياً: أهم التوصيات:

١- الاهتمام بالمخطوطات في المكتبات الخاصة والعامة، والعمل على نشرها.

٢- توجيه الباحثين وكل من له علاقة بنشر العلم إلى استخراج الثروة الفكرية والثقافية والمعارف العلمية المختلفة المخزونة في دور المخطوطات اليمنية ومراجعتها وتحقيقها وطباعتها ونشرها ليستفيد منها العالم والمتعلم.

٣- العمل على تسهيل وتذليل الصعوبات التي تواجه الباحث في الحصول على المخطوطات، أو الاطلاع على المصادر المطلوبة منها .

٤- الترفع عن الجمود والتقليد الفكري والمذهبي، وعدم التعصب لمذهب أو قول فالأصل هو الدليل، والغاية إرضاء الله ورسوله وخدمة دينه.

وفي الأخير هذه أهم النتائج والتوصيات التي توصلت إليها ، فإن أصبت فالفضل لله وحده، وإن أخطأت فمن نفسي والشيطان، و حسبي أني قد بذلت جهدي ما استطعت، ولله الحمد من قبل ومن بعد .

والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات وصلى الله وسلم على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

فهرس الآيات القرآنية

سورة البقرة

م	الآيـــــــــــــــــــــة	رقم الآية	الصفحـــة
١	ثَلاَثَةَ قُرُوَءٍ	٢٢٨	١٩٦، ٢٠٣، ٢٠٤، ٢٢٤، ٢٢٦
٢	الطَّلاَقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ	٢٢٩	٦٦، ٧٣، ١٧٩، ١٨١، ٢٢٢
٣	عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرُهُ	٢٣٦	٣٦٤، ٣٦٩، ٣٧٥، ٣٧٦، ٣٨٢
٤	عَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ	٢٣٣	٣٧٥
٥	فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ	٢٢٦	٣٠٧
٦	فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللّهِ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ	٢٢٩	١٤٧، ١٥٣
٧	فإن طلقها فَلا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّىَ تَنكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ	٢٣٠	١٨٩، ١٩٢، ١٩٣، ٢٢٨
٨	فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ	٢٨٣	١١٤٣، ١١٤٥
٩	فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ	١٩٤	٧٦٦
١٠	لاَ تُضَآرَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا	٨٣	٣٩٢، ٣٩٤، ٤٠٠
١١	لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ	٢٢٦	٢٦٩، ٢٧٠، ٢٩٦، ٢٩٧.
١٢	مَّتَاعاً إِلى الْحَوْلِ غَيْرَ إِخْرَاجٍ	٢٤٠	٢١٨
١٣	وَأَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا	٢٧٥	٥٧٢
١٤	وَاسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ من رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ...	٢٨٢	٤٣٧
١٥	وَأَشْهِدُوْاْ إِذَا تَبَايَعْتُمْ	٢٨٢	٦٧٧
١٦	وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجاً يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ	٢٣٤	٢١٥، ٢٢٤
١٧	وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلاَثَةَ قُرُوَءٍ	٢٢٨	١٩٦، ١٩٧، ٢١١، ٢٢٤، ٢٢٦
١٨	وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلاَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ	٢٣٣	٣٤٣، ٤١٩

١٩	وَإِنْ عَزَمُواْ الطَّلاَقَ	٢٧	٧٧، ٢٩٧، ٣٠٥، ٣٠٦
٢٠	وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ	٢٢٨	٨٩، ٩٤، ١٤٠، ٢٠٨، ٢٤٤، ٢٤٥
٢١	وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ	٢٣٣	٣٥٨، ٣٦٥، ٣٧٢
٢٢	وَلاَ تَأْكُلُواْ أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ	١٨٨	٧٦٥
٢٣	وَلاَ يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُواْ مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئاً	٢٢٩	١٥٠
٢٤	وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ	٢٤١	٢١٢
٢٥	يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ اتَّقُواْ اللّهَ وَذَرُواْ مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنتُم	٢٧٨	٥٧٢
٢٦	يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ	٢٨٢	٧٧٥
٢٧	يَسْأَلُونَكَ عَنِ الأَهِلَّةِ قُلْ هِيَ مَوَاقِيتُ لِلنَّاسِ وَالْحَجِّ	١٨٩	٢٨٧

سورة آل عمران

١	إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَناً قَلِيلاً	٧٧	٣٤٠

سورة النساء

١	إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ	٢٩	٦٧٧، ٧١١، ٧٣٣
٢	إِلاَّ أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ	١٩	١٥٠، ١٥١، ٢١٢
٣	الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاء	٣٤	٣٦٥
٤	فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْداً	٦	٧١٩
٥	فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْساً فَكُلُوهُ هَنِيئاً مَّرِيئاً	٤	١٥٠، ١١٩٧
٦	فلا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حتى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ	٦٥	١١١١
٧	لاَ تَقْرَبُواْ الصَّلاَةَ وَأَنتُمْ سُكَارَى	٤٣	٧٣
٨	مَثْنَى وَثُلاَثَ وَرُبَاعَ	٣	٢٢١
٩	وَاللاَّتِي يَأْتِينَ الْفَاحِشَةَ مِن نِّسَآئِكُم	١٥	١٥٠
١٠	وَأُمهاتكُمُ اللاَّتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ	٢٣	٤١٨
١١	وَلاَ تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُواْ بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ	١٩	١٥٠
١٢	وَلَن يَجْعَلَ اللّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً	١٤١	٤٨٥، ٨٢٢

سورة المائدة

١	تَحْبِسُونَهُمَا مِن بَعْدِ الصَّلاَةِ	١٠٦	٣٤١
٢	وَتَعَاوَنُواْ عَلَى الْبرِّ وَالتَّقْوَى	٢	١١٨٦

سورة الأنعام

١	فَإِنَّهُ رِجْسٌ	١٤٥	٥٠٩

سورة الأنفال

١	وَاعْلَمُواْ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَيْءٍ فَأَنَّ لِلّهِ خُمُسَهُ	٤١	١٠٦٢

سورة هود

١	وَلاَ يَنفَعُكُمْ نُصْحِي إِنْ أَرَدتُّ أَنْ أَنصَحَ لَكُمْ إِن كَانَ اللّهُ يُرِيدُ أَن يُغْوِيَكُمْ	٣٤	١٠٦

سورة يوسف

١	وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ	٢٠	٤٤٤
٢	وَلِمَن جَاء بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ	٧٢	٧٤٥، ٨٧٨

سورة الحجر

١	إِلاَّ مَنِ اتَّبَعَكَ مِنَ الْغَاوِينَ	٤٢	١٣٣

سورة النحل

١	عَبْداً مَّمْلُوكاً لاَّ يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ	٧٥	٧١٩

سورة الاسراء

١	وَلاَ تَبْسُطْهَا كُلَّ الْبَسْطِ	٢٩	١٢١٠
٢	وَقَضَى رَبُّكَ أَلاَّ تَعْبُدُواْ إِلاَّ إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَاناً	٢٣	٣٩٥، ٤٠٠

سورة الكهف

١	لَوْ شِئْتَ لَاتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْراً	٧٧	٨٧٨

سورة مريم

١	وَالسَّلَامُ عَلَيَّ يَوْمَ وُلِدتُّ وَيَوْمَ أَمُوتُ وَيَوْمَ أُبْعَثُ حَيّاً	٣٣	١١٢

سورة النور

١	وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاء إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ	٦	٣١١، ٣١٥، ٣١٩، ٣٢١
٢	وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِن كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ	٦	٣٤٠
٣	وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِن كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ	٩	٣١٩، ٣٢٠، ٣٢١، ٣٤٠

٤	إِنَّ الَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ الْغَافِلاتِ	٢٣	٣١١

سورة الشعراء

١	لَّهَا شِرْبٌ وَلَكُمْ شِرْبُ يَوْمٍ مَّعْلُومٍ	١٥٥	١١٣٠

سورة الحج

١	سَوَاء الْعَاكِفُ فِيهِ وَالْبَادِ	٢٥	٥١١
٢	فَإِذَا أَنزَلْنَا عَلَيْهَا الْمَاء اهْتَزَّتْ وَرَبَتْ	٥	٥٧٢

سورة القصص

١	عَلَى أَن تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ	٢٧	٨٧٨

سورة لقمان

١	وَصَاحِبْهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفاً	١٥	٣٩٤، ٣٩٥، ٣٩٨، ٤٠٠

سورة الأحزاب

١	يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُل لِّأَزْوَاجِكَ	٢٩	١٤٢
٢	ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ	٤٩	١٩٦، ١٩٩

سورة الشورى

١	وَجَزَاء سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا	٤٠	٧٦٦
٢	لَيْسَ كَمِثْلِهِ شَيْءٌ وَهُوَ السَّمِيعُ البَصِيرُ	١١	٢٧

سورة المجادلة

١	وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنكَراً مِّنَ الْقَوْلِ وَزُوراً	٢	٢٦٤، ١٢٤١
٢	مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا	٣	٢٨١، ٢٨٤، ٢٩٠
٣	ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا	**٣**	٢٨٤
٤	فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِيناً	٤	٢٨٨

سورة الحشر

١	لِلْفُقَرَاء الْمُهَاجِرِينَ الَّذِينَ أُخْرِجُوا مِن دِيارِهِمْ	٨	٥٢١

سورة الممتحنة

١	وَإِن فَاتَكُمْ شَيْءٌ مِّنْ أَزْوَاجِكُمْ إِلى الْكُفَّارِ فَعَاقَبْتُمْ فَآتُوا	١١	٤٣٢

سورة الطلاق

١	أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم	٦	٣٧٥
٢	أَوْ فَارِقُوهُنَّ	٢	٧٨

٣	فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ	٦	٣٥٥، ٣٩١، ٣٩٢، ٤٠٠، ٨٧٨، ٩٣٩
٤	لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِن بُيُوتِهِنَّ	١	٢١٢، ٢١٣، ٢٢٩
٥	لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِه	٧	٣٧٦، ٣٩٨
٦	وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ	٢	٩٣، ٢٥٢
٧	وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِن نِّسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ..	٤	٢٠٥، ٢٠٦
٨	وَإِن كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ	٦	٢١٨
٩	وَأُوْلَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ	٤	٢٠١، ٢١٥
١٠	وَلَا تُضَارُّوهُنَّ	٦	١٢٧، ٢٥١
١١	وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ	٧	٣٨٥

سورة المزمل

١	وَآخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي الْأَرْضِ	٢٠	١٠١٨

سورة القيامة

١	وُجُوهٌ يَوْمَئِذٍ نَّاضِرَةٌ إِلى رَبِّهَا نَاظِرَةٌ	٢٢	٢٨

سورة النازعات

١	فَإِنَّ الْجَنَّةَ هِيَ الْمَأْوَى	٤١	٨٣٢

سورة الماعون

١	وَيَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ	٧	١١٨٦

فهرس الأحاديث النبوية

٢٧	أن أبا طيبة حجم النبي صلى الله عليه وآله فأعطاه صاعاً	٤١٠
٢٨	أن ابنة الجون لما دخل عليها رسول الله صلى الله عليه وآله ودنا منها	٩٠
٢٩	أَنَّ أَعْرَابِيًّا أَهْدَى إِلى رَسُولِ اللَّهِ صلى الله عليه وآله بَكْرَةً فَعَوَّضَهُ منها	١٢١٦
٣٠	أَنَّ أَعْرَابِيًّا أهدى لِلنَّبِيِّ صلى الله عليه وآله ناقة	١٢١٧
٣١	إن أفلح أخا أبي القعيس اسْتَأْذَنَ عَلَيَّ بعد ما أُنْزِلَ الْحِجَابُ	٤٣٠
٣٢	أَنَّ أُكَيْدِرَ دُومَةَ أَهْدَى لِرَسُولِ اللَّهِ صلى الله عليه وآله جُبَّةَ من سُنْدُسٍ	١٢٢١
٣٣	إن الله إذا حرم شيئاً حرم ثمنه	٥٠٦
٣٤	إِنَّ اللَّهَ حَرَّمَ الْخَمْرَ وَثَمَنَهَا وَحَرَّمَ الْمَيْتَةَ وَثَمَنَهَا	٥٠٩
٣٥	إِنَّ اللَّهَ حَرَّمَ بَيْعَ الميتة وَالْخِنْزِيرِ	٥٠٩
٣٦	أن الله ينزل إلى السماء الدنيا كل ليلة حين يبقى ثلث الليل الآخر	٢٨
٣٧	أن النبي صلى الله عليه وآله " دَفَعَ إلى يَهُودِ خَيْبَرَ نَخْلَ خَيْبَرَ وَأَرْضَهَا	٩٨٣
٣٨	أن النبي صلى الله عليه وآله سئل عن الرجل يطلق امرأته ثلاثاً	١٩٢
٣٩	أَنَّ امْرَأَةَ ثَابِتِ بن قَيْسٍ، أَتَتْ النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وآله وسلم.	١٤٧
٤٠	أَنَّ امْرَأَةً قالت يا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ ابْنِي هذا كان بَطْنِي له وِعَاءً	٣٤٤
٤١	أَنَّ أَمِيرَ الْقِبْطِ أَهْدَى إلى رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وآله جَارِيَتَيْنِ وَبَغْلَةً	١٢٢٢
٤٢	أَنَّ حَقَّ الْمُتَحَجِّرِ لَا يَبْطُلُ إلى ثَلَاثِ سِنِينَ	١٠٠٨
٤٣	أن رجلا أتى النبي صلى الله عليه وآله وسلم قد ظاهر من امرأته	٢٨١
٤٤	أَنَّ رَجُلًا أَعْتَقَ غُلَامًا له عن دُبُرٍ فَاحْتَاجَ فَأَخَذَهُ	٥٠٥
٤٥	أَنَّ رَجُلًا ذَكَرَ لرسول الله صلى الله عليه وآله أَنَّهُ يُخْدَعُ في الْبُيُوعِ	٦٢٠
٤٦	أَنَّ رَجُلًا كان يبتاع على عَهْدِ رسول اللَّهِ صلى الله عليه وآله وفي	٦٢٠
٤٧	أَنَّ رَجُلًا من الْأَنْصَارِ خَاصَمَ الزُّبَيْرَ عِنْدَ النبي صلى الله عليه وآله في	١١١١
٤٨	أن رجلاً من الأنصار يقال له أبو مذكور	٥٠٦
٤٩	أن رسول الله صلى الله عليه وآله أعطاه ديناراً يشتري شاةً	٥٣٠
٥٠	أن رسول الله صلى الله عليه وآله أعطى خَيْبَرَ بِشَطْرِ ما يَخْرُجُ منها	٩٨٣
٥١	أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صلى الله عليه وآله بَعَثَ معه بِدِينَارٍ يَشْتَرِي به أُضْحِيَّةً	٥٣٠
٥٢	أَنَّ رُكَانَةَ بْنَ عَبْدِ يَزِيدَ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ سُهَيْمَةَ الْبَتَّةَ	١٨١
٥٣	أن زوجته قالت يارسول الله كلما أعطاني عندي،	١٦٢
٥٤	أن سَهْلَةَ بِنْتَ سُهَيْلِ بن عَمْرٍو امْرَأَةُ أبي حُذَيْفَةَ قالت: يا رَسُولَ اللَّهِ	٤٢٠
٥٥	أن عويمرا العجلاني جاء إلى عاصم بن عدي الانصاري فقال له ..	٣٢٢

٥٦	أن فلاناً تزوج فلانة	١٩١
٥٧	أَنَّ كِسْرَى أَهْدَى إلى النبي صلى الله عليه وآله هدية	١٢٢١
٥٨	إن لم يُثْمِرْهَا الله فَبِمَ تستحل مال أخيك	٥٢٠
٥٩	أَنَّ هِلَالَ بن أُمَيَّةَ قَذَفَ امْرَأَتَهُ عِنْدَ النبي [صلى الله عليه وآله]	٣٢٠
٦٠	أن هند بنت عتبة زوج أبي سفيان قالت: يارسول الله أن أباسفيان	٣٧٦
٦١	أنا أَوْلَى بِكُلِّ مُؤْمِنٍ من نَفْسِهِ من تَرَكَ مَالًا فَلِأَهْلِهِ	٤٨٣
٦٢	أنا ثَالِثُ الشَّرِيكَيْنِ ما لم يَخُنْ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ فإذا خَانَهُ خَرَجْتُ من	١٠٦٢
٦٣	إِنَّكَ تَبْعَثُنَا فَنَنْزِلُ بِقَوْمٍ لَا يقروننا فما تَرَى	٤١٦
٦٤	إِنَّكُمْ سَتَرَوْنَ رَبَّكُمْ يوم الْقِيَامَةِ كما تَرَوْنَ هذا	٢٨
٦٥	إنما الرِّبَا في النَّسِيئَةِ	٥٧٤
٦٦	إنما الطَّلَاقُ لِمَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ	٧٠، ٢٢٢
٦٧	أنه اسْتَأْذَنَ رَسُولَ اللَّهِ صلى الله عليه وآله في إِجَارَةِ الْحَجَّامِ	٩٦٩
٦٨	أنه أمر رجلاً أن يضع يده على فم الرجل عند الخامسة	٣٤١
٦٩	أَنَّهُ سمع كُبَرَاءَهُمْ يَذْكُرُونَ أَنَّ رَجُلًا من قُرَيْشٍ كان له سَهْمٌ في بَنِي	١١١٠
٧٠	أنه طلق امرأته وهي حائض،	٩٦، ١٨٠
٧١	أنه فرق بين والدة وولدها فنهاه رسول الله صلى الله عليه وآله	٥٩٩
٧٢	أنه لا يبع الرجل على بيع أخيه حتى يبتاع أو يذر	٦٠٣
٧٣	أنه نهاها أن تكتحل بالصبر،	٢٣٥
٧٤	أنها كانت تَدَّانُ وَتُكْثِرُ فقال لها أَهْلُهَا في ذلك وَلَامُوهَا وَوَجَدُوا عليها	٧٥٦
٧٥	إني نَحَلْتُ ابْنِي هذا غُلَامًا كان لي	١٢١٨
٧٦	أهدى فروة الجذامي إلى رسول الله صلى الله عليه وآله بغلة بيضاء	١٢٢٢
٧٧	أُهْدِيَتْ لِرَسُولِ اللَّهِ [صلى الله عليه وآله] بَغْلَةٌ فَرَكِبَهَا	٥١١
٧٨	أَيُّمَا امْرَأَةٍ اخْتَلَعَتْ مِنْ زَوْجِهَا مِنْ غَيْرِ بَأْسٍ لَمْ تَرِحْ رَائِحَةَ الْجَنَّةِ	١٥٢
٧٩	أَيُّمَا امْرَأَةٍ أَدْخَلَتْ عَلَى قَوْمٍ مَنْ لَيْسَ مِنْهُمْ فَلَيْسَتْ مِنَ اللَّهِ فِي شَيْءٍ	٣٣٤
٨٠	أَيُّمَا رَجُلٍ أَضَافَ قَوْمًا فَأَصْبَحَ الضَّيْفُ مَحْرُومًا	٤١٦
٨١	أَيُّمَا رَجُلٍ أُعْمِرَ عُمْرَى له وَلِعَقِبِهِ	١٢٣٠
٨٢	بِئْسَ الْعَبْدُ الْمُحْتَكِرُ إن أَرْخَصَ اللَّهُ الأَسْعَارَ حَزِنَ	٥٩٦
٨٣	بكتاب وأهدى إليه بغلة بيضاء	١٢٢٢
٨٤	الْبَيِّعَانِ بِالْخِيَارِ ما لم يَتَفَرَّقَا أو قال حتى يَتَفَرَّقَا	٦٧٧، ٦٧٩

٨٥	بيعه صلى الله عليه وآله القعب والحلس	٤٥٨، ٦٠٣
٨٦	ترد الذي لك عليك وخل سبيلها قال: نعم	١٦٣
٨٧	تردين عليه حديقته؟ قالت نعم	١٦٣، ١٦٤
٨٨	تَصَدَّقَ عَلَيَّ أبي بِبَعْضِ مَالِهِ	١٢١٨
٨٩	تهادوا تحابوا	١٢١٦، ١٢٢١
٩٠	تَهَادَوْا فإن الْهَدِيَّةَ تُذْهِبُ وَحَرَ الصَّدْرِ	١٢١٦
٩١	تُوُفِّيَ وَدِرْعُهُ مَرْهُونَةٌ عِنْدَ يَهُودِيٍّ في ثَلَاثِينَ صَاعًا من شَعِيرٍ	١١٤٣
٩٢	ثَلَاثٌ جَدُّهُنَّ جَدٌّ وَهَزْلُهُنَّ جَدٌّ النِّكَاحُ	٧٧
٩٣	ثَلَاثَةٌ أنا خَصْمُهُمْ يوم الْقِيَامَةِ	٥٠٢
٩٤	ثَلَاثَةٌ لَا يُكَلِّمُهُمْ الله يوم الْقِيَامَةِ ولا يَنْظُرُ إِلَيْهِمْ ولهم عذاب أليم ،	٣٤٢
٩٥	ثُمَّ أنت في كل سِلْعَةٍ ابْتَعْتَهَا بِالْخِيَارِ ثَلَاثَ لَيَالٍ	٦٢١
٩٦	ثُمَّ فَعَلَ أَزْوَاجُ رسول اللَّهِ صلى الله عليه وسلم مِثْلَ ما فَعَلْت	١٤٢
٩٧	جاء هِلَالُ بن أُمَيَّةَ وهو أَحَدُ الثَّلَاثَةِ الَّذِينَ تَابَ الله عليهم	٣١٩
٩٨	جَاءَتْ امْرَأَةٌ إلى رسول اللَّهِ صلى الله عليه وآله	٢٣٣
٩٩	جَاءَتْ امْرَأَةُ رِفَاعَةَ الْقُرَظِيِّ إلى النبي صلى الله عليه وآله فقالت كنت	١٨٩
١٠٠	الْجَارُ أَحَقُّ بِشُفْعَةِ جَارِهِ يُنْتَظَرُ بها وَإِنْ كان غَائِبًا	٨١٦
١٠١	الْجَارُ أَحَقُّ بِصَقَبِه	٨١٧
١٠٢	جَارُ الدَّارِ أَحَقُّ بِالدَّارِ	٨١٦، ٨١٧
١٠٣	جَارُ الدَّارِ أَحَقُّ بِدَارِ الْجَارِ	٨١٧
١٠٤	جَمَ النبي صلى الله عليه وآله عَبْدٌ لِبَنِي بَيَاضَةَ	٩٦٩
١٠٥	جَنِّبُوا مَسَاجِدَكُمْ صِبْيَانَكُمْ وَمَجَانِينَكُمْ	٣٤٢
١٠٦	حَرَّمَ التِّجَارَةَ في الْخَمْرِ	٥١٠
١٠٧	حريم البئر البدىء خمسة وعشرون ذراعاً	١١١٥
١٠٨	حريم بئر العطن أربعون ذراعاً	١١١٥
١٠٩	الحقي بأهلك	٨٨، ٩٠، ٩١
١١٠	حَمَى النَّقِيعَ وَأَنَّ عُمَرَ حَمَى الشرف وَالرَّبَذَةَ	١٠١٥
١١١	خذ بعض مالها وفارقها	١٦٣
١١٢	الْخَرَاجُ بِالضَّمَانِ	٦٠٥، ٦٣٣، ٦٦٠، ٦٦٦، ٦٦٨، ٧٠٢، ٧١٤، ١٠٧٥

١٤٢	الضيافة على أهل الوبر وليست على أهل المدر	٤١٥
١٤٣	الضَّيْفِ حَقٌّ على كل مُسْلِمٍ	٤١٦
١٤٤	الطَّعَامُ بِالطَّعَامِ مِثْلًا بِمِثْلٍ	٥٧٦
١٤٥	طلاق الأمة تطليقتان وعدتها حيضتان	٢٢٢
١٤٦	الطلاق بالرجال والعدة بالنساء"	٢٢٣
١٤٧	الطلاق لمن أمسك بالساق	٧٣
١٤٨	الطلاق لمن لزم بالساق	٢٢٢
١٤٩	طَلَّقَ حَفْصَةَ ثُمَّ رَاجَعَهَا	٢٤٤
١٥٠	طُلِّقَتْ خَالَتِي ثَلَاثًا فَخَرَجَتْ تَجُدُّ نَخْلًا لها فَلَقِيَهَا رَجُلٌ فَنَهَاهَا	٢٣٠
١٥١	ظَاهَرَ مِنِّي زَوْجِي أَوْسُ بن الصَّامِتِ فَجِئْتُ	٢٦٤
١٥٢	عادى الْأَرْضِ لِلَّهِ وَلِرَسُولِهِ ثُمَّ هِيَ لَكُمْ مِنِّي	٩٩٦، ٩٩٧
١٥٣	الْعَارِيَةُ مُؤَدَّاةٌ وَالزَّعِيمُ غَارِمٌ	١١٨٦، ١١٨٩
١٥٤	عُذِّبَتْ امْرَأَةٌ في هِرَّةٍ ربطتها لم تُطْعِمْهَا ولم تَسْقِهَا ولم تَتْرُكْهَا	٤١٣
١٥٥	عقد بعائشة ولم يدخل بها، إلا بعد سنتين	٣٦٧
١٥٦	عَلَّمْتُ نَاسًا من أَهْلِ الصُّفَّةِ	٨٨٤
١٥٧	على اليد ما أخذت حتى ترد	٦٧١، ٧٦٨، ١١٨٩
١٥٨	الْعُمْرَى جَائِزَةٌ لِأَهْلِهَا وَالرُّقْبَى جَائِزَةٌ لِأَهْلِهَا	١٢٣٠
١٥٩	الْعُمْرَى مِيرَاثٌ لِأَهْلِهَا	١٢٣٠
١٦٠	عمله صلى الله عليه وآله بإشارة المرأة التي رضخ اليهودي رأسها	٨٥، ٤٦٤
١٦١	عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وآله أريد على ابنة حمزة	٤٢٣
١٦٢	عن ابن عُمَرَ قال أتى عَلَيْنَا زَمَانٌ وما يَرَى أَحَدُنَا أَنَّهُ أَحَقُّ بالدنيار	٦٠٩
١٦٣	عن عقبة بن الحارث أَنَّهُ تَزَوَّجَ أُمَّ يحيى بِنْتَ أبي إِهَابٍ	٤٤٠
١٦٤	فَأَطْعِمْ وَسْقًا من تَمْرٍ بين سِتِّينَ مِسْكِينًا	٢٦٦
١٦٥	فتغيظ رسول الله صلى الله عليه وآله ثم قال ليراجعها ثم...	٩٧
١٦٦	فِرَّ من الْمَجْذُومِ فرارك من الْأَسَدِ	٣٥٠
١٦٧	في الرجل يكون له المرأة يطلقها	١٩٣
١٦٨	في رجل اشترى جارية فوطئها ثم وجد بها عيباً	٦٢٦
١٦٩	قال غزونا مع النبي صلى الله عليه وآله تبوكاً وأهدى ابن الْعَلْمَاءِ	١٢٢٢
١٧٠	قال في الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته أنه يفرق بينهما،	٣٨٧

١٧١	قال قلت يارسول الله إن الر جل ليأتيني فيريد مني البيع	٤٥٦
١٧٢	قال قلت يارسول الله أين تنزل غداً	٥١٢
١٧٣	قال قلت: يا رَسُولَ اللَّهِ مالك تَنَوَّقُ في نساء قُرَيْشٍ	٤٢٢
١٧٤	قال كنا جلوساً عند رسول الله صلى الله عليه وآله	٧٥٧
١٧٥	قال لِفَرْوَةَ بن عَمْرٍو أَعْطِهِ ذلك الْعَرَقَ	٢٦٧
١٧٦	قال لكل منهما عند الخامسة "أنها موجبة	٣٤١
١٧٧	قالت كان الزُّبَيْرُ يَدْخُلُ عَلَيَّ وأنا أَمْتَشِطُ أَرَى أَنَّهُ أبي وَأَنَّ وَلَدَهُ إِخْوَتِي	٤٢٩
١٧٨	قدم رسول الله صلى الله عليه وآله الْمَدِينَةَ وهم يُسْلِفُونَ	٧٧٥
١٧٩	قَضَى رسول الله ص بِالْعُمْرَى أنها لِمَنْ وُهِبَتْ له	١٢٣٠
١٨٠	قَضَى رسول الله صلى الله عليه وآله بِالشُّفْعَةِ في كل مَالٍ لم يُقْسَمْ	٨١٩
١٨١	قَضَى رسول اللَّهِ صلى الله عليه وآله بِالشُّفْعَةِ في كل شِرْكَةٍ لم تُقْسَمْ	٨١٩
١٨٢	قَضَى رسول اللَّهِ في امرأة من الأنصار أعطاها	١٢٣٢
١٨٣	قَضَى في سَيْلِ الْمَهْزُورِ أَنْ يُمْسَكَ حتى يَبْلُغَ الْكَعْبَيْنِ ثُمَّ يُرْسِلُ الأعلى	١١١٠
١٨٦	قْطَعَ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ بِلَالُ بْنُ الْحَارِثِ "مَعَادِنَ الْقَبَلِيَّةِ جَلْسِيَّهَا	١٠١٢
١٨٧	قلت يا رَسُولَ اللَّهِ أَيْنَ تَنْزِلُ غداً في دَارِكَ بِمَكَّةَ	٥١٢
١٨٨	قم فاحلف	٣١٢
١٨٩	كان أَحَدُنَا يُكْرِي أَرْضَهُ فيقول هذه الْقِطْعَةُ لي	٩٩٤
١٩٠	كان رسول الله صلى الله عليه وآله يَقْبَلُ الْهَدِيَّةَ وَيُثِيبُ عليها	١٢٢٣
١٩١	كان فِيمَا أُنْزِلَ الله من الْقُرْآنِ عَشْرُ رَضَعَاتٍ مَعْلُومَاتٍ يحرمن، ثُمَّ	٤٢٤
١٩٢	كان لا يصلي على من مات وعليه دين لا قضاء له	٧٥٧
١٩٣	كان لرجل على رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم سِنٌّ من الْإِبِلِ	٧٥٨
١٩٤	كان يَحْبِسُ لِأَهْلِهِ قُوتَ سَنَتِهِمْ	٥٩٦
١٩٥	كانت أختي عند رجل من الأنصار تزوجها على حديقة	١٦٤
١٩٦	كنا في مَسِيرٍ لنا فَنَزَلْنَا منزلاً فَجَاءَتْ جَارِيَةٌ فقالت إِنَّ سَيِّدَ الْحَيِّ سَلِيمٌ	٨٨٤
١٩٧	كنا مع النبي صلى الله عليه وآله **في** سفر	١٠٧٨
١٩٨	كنت أَبِيعُ الْإِبِلَ بِالْبَقِيعِ فَأَبِيعُ بِالدَّنَانِيرِ وَآخُذُ الدَّرَاهِمَ	٥٨٣، ٧٩٤
١٩٩	كنت امْرَأً أُصِيبُ من النِّسَاءِ مالا يُصِيبُ غَيْرِي	٢٦٦
٢٠٠	لَا بَأْسَ **أَنْ** تَأْخُذَهَا بِسِعْرِ يَوْمِهَا ما لم تَفْتَرِقَا وَبَيْنَكُمَا شَيْءٌ	٥٨٣، ٧٩٤
٢٠١	لا تأخذ منها أكثر مما أعطيتها	١٦٣

٢٠٢	لَا تَبِيعُوا الذَّهَبَ بِالذَّهَبِ إلا مِثْلًا بِمِثْلٍ	٥٧٤
٢٠٣	لا تبيعوا الذهب بالذهب ولا الورق بالورق إلا وزناً بوزن	٥٧٣، ٧٩٦
٢٠٤	لا تُحَرِّمُ الاملاجة والاملاجتان	٤٢٦
٢٠٥	لا تحرم الخطفة ولا الخطفتان.	٤٢٧
٢٠٦	لَا تُحَرِّمُ الرَّضْعَةُ ولاالرَّضْعَتَانِ	٤٢٦
٢٠٧	لَا تُحَرِّمُ الْمَصَّةُ ولا الْمَصَّتَانِ	٤٢٦
٢٠٨	لَا تُرْقِبُوا ولا تُعْمِرُوا فَمَنْ أُرْقِبَ شيئا أو أُعْمِرَهُ فَهُوَ لِورَثَتِه	١٢٣١
٢٠٩	لَا تُصَرُّوا الْإِبِلَ وَالْغَنَمَ فَمَنْ ابْتَاعَهَا فهو بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ بَعْدَ أَنْ يحلبها إن	٦١٥
٢١٠	لَا تَلْبَسُ الْمُتَوَفَّى عنها زَوْجُهَا الْمُعَصْفَرَ من الثِّيَابِ ولا الْمُمَشَّقَةَ	٢٣٤
٢١١	لا توطأ حامل حتى تضع	٢٣٩
٢١٢	لا حَظَّ فيها لِغَنِيٍّ ولا لِقَوِيٍّ مُتكَسِبٍ	٤٠٧
٢١٣	لَا حِمَى إلا لِلَّهِ وَلِرَسُولِهِ	١٠١٥
٢١٤	لَا شُفْعَةَ لِغَائِبٍ وَلَا لِصَغِيرٍ والشفعة كَحَلِّ الْعِقَالِ	٨٣٧
٢١٥	لا ضرار في الإسلام	٢٥١
٢١٦	لا ضرر ولا ضرار	٦٢١، ٦٨٩
٢١٧	لا طَلَاقَ إلَّا بَعْدَ نِكَاحٍ وَلا عِتْقَ إلَّا بَعْدَ مِلْكٍ	٦٨
٢١٨	لا طلاق في إغلاق	٧١
٢١٩	لاَ طَلاَقَ وَلاَ عِتَاقَ في إِغْلاَقٍ	١٣١
٢٢٠	لا قيلولة في الطلاق	٧١
٢٢١	لا لَا تَبْتَاعُوا الثَّمَرَ حتى يَبْدُوَ صَلَاحُهُ وَتَذْهَبَ عنه الْآفَةُ	٥١٩
٢٢٢	لا نفقة لك ولا سكنى	٢١٣
٢٢٣	لَا يَبْطُلُ حَقٌّ فِي الْإِسْلَامِ	٨٥٨
٢٢٤	لا يَبِعْ بَعْضُكُمْ على بَيْعِ بَعْضٍ	٦٠٣
٢٢٥	لَا يَبِعْ حَاضِرٌ لِبَادٍ ودعوا الناس يَرْزُقُ الله بَعْضَهُمْ من بَعْضٍ	٦١٠
٢٢٦	لا يحل بيع بيوت مكة ولا إجارتها	٥١١
٢٢٧	لا يحل لأحد أن يبيع شيئاً إلا بين ما فيه	٦٤٩
٢٢٨	لَا يَحِلُّ لِامْرِئٍ من مَالِ أَخِيهِ إلَّا ما أَعْطَاهُ بِطِيبِ نَفْسٍ منه	١٠٩١
٢٢٩	لَا يَحِلُّ لِامْرَأَةٍ تُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ أَنْ تُحِدَّ على مَيِّتٍ فَوْقَ ثَلَاثٍ إلا	٢٢٦، ٢٣٥
٢٣٠	لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إلَّا بِطِيبِ نَفْسٍ منه	١٠٩١

٢٣١	لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إلَّا بِطِيبِ من نَفْسٍ منه	١٢١٠
٢٣٢	لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ بطيبة من نفسه	٤١٧، ٧٦٥، ٨١٧، ٩٩٨
٢٣٣	لا يغلق الرهن الرهن لمن رهنه له غُنْمُهُ وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ	١١٥٦
٢٣٤	لا يغلق الرهن بما فيه	١١٥٥، ١١٥٩
٢٣٥	لَا يُغْلَقُ الرَّهْنُ له غُنْمُهُ وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ	١١٥٦
٢٣٦	لَا يُغْلَقُ الرَّهْنُ من رَاهِنِهِ له غُنْمُهُ وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ	١١٥٦
٢٣٧	لَا يُغْلَقُ الرَّهْنُ من صَاحِبِهِ الذي رَهَنَهُ له غُنْمُهُ وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ	١١٥٦
٢٣٨	لَا يَمْنَعْ أحدكم جَارَهُ أَنْ يَغْرِزَ خَشَبَةً في جِدَارِهِ	١٠٩١
٢٣٩	لا يورد ممرض على مصح	٣٥٠
٢٤٠	لاعن بين الرجل والمرأة، وهما عند المنبر بعد العصر	٣٤٢
٢٤١	لحديث أنس أن أَنَّ رَجُلًا من كِلَابٍ	٥١٠
٢٤٢	لعن الله الساقي بمائه زرع غيره	٢٣٩
٢٤٣	لَعَنَ الله الْمُحِلَّ وَالْمُحَلَّلَ له	١٩٢
٢٤٤	لَعَنَ الْمُحِلَّ وَالْمُحَلَّلَ له	١٩٢
٢٤٥	لَعَنَ رسول اللَّهِ صلى الله عليه وآله آكِلَ الرِّبَا وموكله	٥٧٢
٢٤٦	لما أراد الهجرة أستأجر رجلاً هادياً خريتاً	٨٧٩
٢٤٧	لمن أحاط حائطاً في موات فهو له	٩٩٥
٢٤٨	لو أُهْدِيَ إلي كُرَاعٌ لَقَبِلْتُ وَلَوْ دُعِيتُ عليه لَأَجَبْتُ.	١٢٢١
٢٤٩	لَيُّ الْوَاجِدِ يُحِلُّ عِرْضَهُ وَعُقُوبَتَهُ	٧٥٧
٢٥٠	ليس في الْمَالِ حَقٌّ سِوَى الزَّكَاةِ	٤١٧
٢٥١	ما أنا بِرَاقٍ لَكُمْ حتى تَجْعَلُوا لنا جُعْلًا	٧٤٥
٢٥٢	ما فعله الرسول r هو وأم سلمة لأنه لما تزوجها أقام من يكفل ولدها	٣٥٧
٢٥٣	ما من أحد أَخَذَ أَمْوَالَ الناس يُرِيدُ أَدَاءَهَا أداها الله عنه	٧٥٦
٢٥٤	ما من أحد يدان ديناً	٧٥٦
٢٥٥	المتبايعان بِالْخِيَارِ في بَيْعِهِمَا ما لم يَتَفَرَّقَا	٦٧٧
٢٥٦	المُتَبرِعَاتُ و الْمُخْتَلِعَاتُ هُنَّ الْمُنَافِقَاتُ	١٥٢
٢٥٧	الْمُخْتَلِعَاتُ هُنَّ الْمُنَافِقَاتُ	١٥٢
٢٥٨	المدبر لا يباع ولا يشترى	٥٠٥
٢٥٩	مره فليراجعها ثم ليطلقها طاهراً أو حاملاً	٩٧، ١٨٠

م	طرف الحديث	الصفحة
٢٦٠	مره فليراجعها حتى تحيض حيضة مستقبلةً	٩٧
٢٦١	الْمُسْلِمُ أَخُو الْمُسْلِمِ لَا يَظْلِمُهُ ولا يُسْلِمُهُ	٧٥٥
٢٦٢	المسلمون شركاء في ثلاث الماء والكلأ والنار	١٠١٠، ١٠١١، ١٠١٥، ١١٠٧، ١١٠٨
٢٦٣	المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أوأحل حراماً	٥٧٠
٢٦٤	مَطْلُ الْغَنِيِّ ظُلْمٌ"	٧٥٧
٢٦٥	ملعون من آذَى الْمُسْلِمِينَ في طُرُقِهِمْ	١٠٩٦
٢٦٦	مَمْلُوك كانت تَحْتَهُ مَمْلُوكَةٌ فَطَلَّقَهَا تَطْلِيقَتَيْنِ ثُمَّ عُتِقَا	٢٢٤
٢٦٧	من ابْتَاعَ مُحَفَّلَةً فَهُوَ بِالْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ فَإِنْ رَدَّهَا	٦١٥
٢٦٨	من اتخذ كلباً إلا كلب صيد أو ماشية أو زرع نقص من أجره	٥٠٨
٢٦٩	من أتى عَرَّافًا فَسَأَلَهُ عن شَيْءٍ [فصدقه]	٩٧١
٢٧٠	مَنْ أَتَى كَاهِنًا فَصَدَّقَهُ بِمَا يَقُولُ أَوْ أَتَى امْرَأَةً فِي دُبُرِهَا	٩٧١
٢٧١	من احتفرَ بِئْرًا فَلَهُ أَرْبَعُونَ ذِرَاعًا	١١١٥
٢٧٢	مَنِ احْتَكَرَ طَعَاماً أَرْبَعِينَ يوماً يريد به الغلاء	٥٩٦
٢٧٣	من احْتَكَرَ على الْمُسْلِمِينَ طَعَامَهم ضَرَبَهُ الله بِالْجُذَامِ وَالْإِفْلَاسِ	٥٩٦
٢٧٤	من احْتَكَرَ فَهُوَ خَاطِئٌ	٥٩٧
٢٧٥	من أحيا أرضاً قد عجز عنها صاحبها وتركها بمهلكة فهي له	٩٩٥
٢٧٦	مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَلَهُ أَجْرٌ	٩٩٧
٢٧٧	من أَحْيَا أَرْضًا مَيِّتَةً فَهِيَ له	٩٩٥، ٩٩٦
٢٧٨	من أَعْمَرَ أَرْضًا لَيْسَتْ لِأَحَدٍ فَهُوَ أَحَقُّ بها	٩٩٥
٢٧٩	من أَعْمَرَ رَجُلًا عُمْرَى له ولِعَقِبِهِ	١٢٣٠
٢٨٠	من أعمر شيئاً أو أرقبه فهو سبيل الميراث	١٢٣٢
٢٨١	من أَقَالَ مُسْلِمًا بيعته أَقَالَ الله عَثْرَتَهُ	٧٤٧
٢٨٢	من أقال نادماً أقاله الله	٧٤٧
٢٨٣	من أكل من أجر بيوت مكة شيئاً فإنما أكل الربا	٥١١
٢٨٤	من أَمْسَكَ كَلْبًا فإنه يَنْقُصُ كُلَّ يَوْمٍ من عَمَلِه قِيرَاطٌ	٥٠٨
٢٨٥	من انظر مُعْسِرًا أو وَضَعَ له أَظَلَّهُ الله يوم الْقِيَامَةِ تَحْتَ ظِلِّ عَرْشِهِ	٧٥٦
٢٨٦	من بَاعَ نَخْلًا قد أُبِّرَتْ فثمرتها	٦٨٥
٢٨٧	مَنْ بَدَأَ بِالْكَلَامِ قَبْلَ السَّلَامِ فَلَا تُجِيبُوهُ	٨٤٤

٢٨٨	مَنْ حلَفَ عَلَى مِنْبَرِي هَذَا بيَمِينٍ آثِمَةٍ فليتَبَوَّأ مَقْعَدَهُ مِنَ النَّارِ	٣٤٢
٢٨٩	من سَرَّهُ أَنْ يُنْجِيَهُ الله من كُرَبِ يَوْمِ الْقِيَامَةِ	٧٥٦
٢٩٠	مَنْ غَشَّنَا فَلَيْسَ مِنَّا	٦٤٨
٢٩١	من فَرَّقَ بين الْوَالِدَةِ وَوَلَدِهَا فَرَّقَ الله بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَحِبَّتِهِ يوم الْقِيَامَةِ	٥٩٩
٢٩٢	من كشف خمار امرأة ونظر إليها فقد وجب الصداق	١٩٨
٢٩٣	من كشف عن مسلم كربة	٧٥٥
٢٩٤	من لم يَذَرْ الْمُخَابَرَةَ	٩٨٣
٢٩٥	من نَفَّسَ عن مُؤْمِنٍ كُرْبَةً من كُرَبِ الدُّنْيَا نَفَّسَ الله عنه كُرْبَةً من كُرَبِ	٧٥٥
٢٩٦	مهر البغي خبيث وثمن الكلب خبيث	٥٠٨، ٩٧٠
٢٩٧	مَوَتَانُ الْأَرْضِ لِلَّهِ وَلِرَسُولِهِ	٩٩٦، ٩٩٩
٢٩٨	نصب بيده ميزاباً إلى الطريق في دار العباس	١٠٩٧
٢٩٩	نهى الرسول صلى الله عليه وآله عن الشركة بين المسلم	١٠٢١
٣٠٠	نهى النبي صلى الله عليه وآله عن المنابذة، والملامسة	٦٠٩
٣٠١	نهى النبي صلى الله عليه وآله" عن بَيْعِ الثَّمَرَةِ حتى يَبْدُوَ صَلَاحُهَا	٥١٩
٣٠٢	نهي النبي صلى اللَّهُ عليه وسلم عن قَفِيزِ الطَّحَّانِ	٩٤٢
٣٠٣	نهى أَنْ تُبَاعَ الثَّمَرَةُ حتى تُشَقِّحَ	٥٢١
٣٠٤	نهى أن يباع الطعام حتى يختلف الصاعان	٥٥٤
٣٠٥	نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن عَسْبِ الْفَحْلِ	٩٤٣
٣٠٦	نهى رسول الله صلى الله عليه وآله "أن يبيع حاضر لباد وإن كان أخاه	٦١٠
٣٠٧	نهى رسول الله صلى الله عليه وآله "عن بيع الصدقة حتى تقبض	٥٢٦
٣٠٨	نهى رسول الله صلى الله عليه وآله أَنْ يَبِيعَ حَاضِرٌ لِبَادٍ	٦٠٢
٣٠٩	نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم " عن كَسْبِ الْأَمَةِ	٤١١
٣١٠	نهى رسول الله صلى الله عليه وآله" أن يتلقى الجلب فمن تلقى فَاشْتَرَى	٥٩٦
٣١١	نهى ص عن بَيْعِ الثَّمَرِ بِالتَّمْرِ	٥٩٤
٣١٢	نهى صلى الله عليه وآله أن يبيع الرَّجُلُ على بَيْعِ أَخِيهِ	٤٤٤، ٦٠٤
٣١٣	نهى صلى الله عليه وآله عن "ثَمَنِ الْكَلْبِ وَمَهْرِ الْبَغِيِّ	٩٧٠
٣١٤	نهى عن الْمُخَابَرَةِ	٩٨٤
٣١٥	نهى عن الْمُزَابَنَةِ بيع الثَّمَرِ بِالتَّمْرِ	٥٩٤
٣١٦	نهى عن الْمُزَارَعَةِ وَأَمَرَ بِالْمُؤَاجَرَةِ وقال لَا بَأْسَ بها	٨٨٠

٣١٧	نهى عن بَيْعِ ثَمَرِ التَّمْرِ حتى يَزْهُوَ	٥٢٠
٣١٨	نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها نهى البايع والمبتاع	٥٢٠
٣١٩	نهى عن بَيْعِ الطَّعَامِ حتى يَجْرِيَ فيه الصَّاعَانِ	٥٥٦
٣٢٠	نهى عن بَيْعِ الْعِنَبِ حتى يَسْوَدَّ	٥٢١
٣٢١	نهى عن بَيْعِ الْمُضْطَرِّ وَبَيْعِ الْغَرَرِ،	٤٦٠
٣٢٢	نهى عن بيع وشرط	٥٥٧
٣٢٣	نهى عن بَيْعَتَيْنِ في بَيْعَةٍ	٥٥٦
٣٢٤	نهى عن تَلَقِّي الْبُيُوعِ	٥٩٦
٣٢٥	نهى عن صَفْقَتَيْنِ في صَفْقَةٍ	٥٦٦
٣٢٦	هَدَايَا الْأُمَرَاءِ غُلُولٌ	١٢٢٦
٣٢٧	واتقوا الله في النساء إلى أن قال " ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن	٣٦٥
٣٢٨	وأن الله عزوجل إذا حَرَّمَ على قَوْمٍ أَكْلَ شَيْءٍ حَرَّمَ عليهم ثَمَنَهُ	٥١٠
٣٢٩	وَأَهْوَى النُّعْمَانُ بِإِصْبَعَيْهِ إلى أُذُنَيْهِ إِنَّ الْحَلَالَ بَيِّنٌ وَإِنَّ الْحَرَامَ بَيِّنٌ	٤٧٦
٣٣٠	وفد إلى رسول الله صلى الله عليه وآله فَاسْتَقْطَعَهُ الْمِلْحَ الذي بِمَأْرِبَ	١٠١٥
٣٣١	ولَا يَحِلُّ لِامْرِئٍ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ أَنْ يَسْقِيَ مَاءَهُ زَرْعَ غَيْرِهِ	٢٣٩
٣٣٢	ولا يسم على سَوْمِ أَخِيهِ	٦٠٤
٣٣٣	ونهى r عن النَّجْشِ	٦٠٣
٣٣٤	وَهَبَ لي رسول اللَّهِ صلى الله عليه وآله غُلَامَيْنِ أَخَوَيْنِ	٦٠٠
٣٣٥	يا رَسُولَ اللَّهِ ألا نَبْنِي لك بَيْتًا يُظِلُّكَ	٥١٢
٣٣٦	يَحْرُمُ من الرَّضَاعِ ما يَحْرُمُ من الْوِلَادَةِ	٤١٨
٣٣٧	اليد العليا خير من اليد السفلى وابدأ بمن تعول،	٤٠٨
٣٣٨	يَدُ اللهِ مَعَ الشَّرِيكَينِ مَا لَمْ يَتَخَاوَنَا	١٠٦٣

فهرس الآثـــــار

٢٨	الخلع تفريق وليس بطلاق	١٧٣
٢٩	روى عمر بن الخطاب أمر نافع بن عبد الحارث أن يشتري داراً بمكة	٥١٢
٣٠	عمر لحفصة كم أكثر ما تصبر المرأة عن زوجها قالت ستة أشهر،	٣٠٣
٣١	عمل الصحابة بإشارة أمامه بنت أبي العاص في وصيتها لما لم تقدرا	٨٥، ٤٦٤
٣٢	عن عثمان أنه قال في خطبته حين ولي، ولا تكلفوا الصبيان الكسب	٤١٠
٣٣	عن علي عليلم قال إذا قبل الرجل من امرأته فدية، فقد بانت منه بتطليقه	١٧٢
٣٤	عن علي عليلم قال في المطلقة: إذا انقطع حيضها تربص إلى حد الاياس	٢٠٥
٣٥	قال ثم نزلت هذه الآية (يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُل لِّأَزْوَاجِكَ) حتى بلغ	١٤٢
٣٦	قال قضى الخلفاء الراشدون المهديون "أَنَّهُ إذا أَغْلَقَ البَاب وَ أَرْخَى السِتْر	١٩٨
٣٧	لا تحرم الا الثلاث الرضعات فصاعدا	٤٢٤
٣٨	لا نترك كتاب الله وسنة نبينا لقول امرأة	٢١٣
٣٩	لَا يَحِلُّ سَلَفٌ وَبَيْعٌ وَلَا شَرْطَانِ في بَيْعٍ	٥٦٦
٤٠	ليس على مكره طلاق	٧١
٤١	ما أُبَالِي خَيَّرْتُ امْرَأَتِي وَاحِدَةً أو مِائَةً أو أَلْفًا	١٤٣
٤٢	ما صنعت التطليقة قال واحدة اعتد بها	٩٧
٤٣	المطلقة واحدة واثنتين وثلاثاً لا تخرج من بيتها ليلاً ولا نهاراً	٢٣٢
٤٤	نحلني أبي جَادَّ عِشْرِينَ وَسْقًا	١٢٠٨
٤٥	نقل عليّ عليلم ابنته أم كلثوم لما قتل زوجها	٢١٧
٤٦	ولا أَحْسِبُ كُلَّ شَيْءٍ إلا مثله	٥٥٠

فهرس الأعـــــــلام

م	العلم	الصفحة	م	العلم	الصفحة
٢٣	ابن علية ت: ٢١٨ هـ	٨٧٩	٢٠٥	طاووس بن كيسان ت:١٠١هـ	٩٩٦
٢٤	أبو إسماعيل الأيلي حفص بن	٨٤٤	٢٠٦	طفيل الغنوي ت: نحو ١٣ ق هـ	٦٤٧
٢٥	الماوردي ت٤٥٠هـ	٣٧٣	٢٠٧	طلحة بن عبيدالله ، ت:٣٦هـ	٦٢٦
٢٦	أبو الحسن مولى عبد الله بن الحارث بن نوفل الهاشمي .	٢٢٤	٢٠٨	عاصم بن أبي النجود ت:١٢٧هـ.	٣٨٧
٢٧	أبو الخطاب العراقي ت:٥١٠	٧١	٢٠٩	عاصم بن عدى	٣٢٢
٢٨	أبو الرضى بن أبي المحاسن	٨٧٣	٢١٠	عالية بنت أيفع بن شراحيل .	٦٠٧
٢٩	أبو الشحم اليهودي	١١٤٣	٢١١	عباد بن عبد الله الأسدي .	١٩٨
٣٠	أبو الشيخ عبد الله بن محمد	١٠٧٩	٢١٢	عبد الجبار بن أحمد	٤٦٠
٣١	أبو العباس الاصم ت: ٣٤٦ه	٨٠	٢١٣	عبد الرحمن الايجى ت:٧٥٦ ه	٥٠٣
٣٢	أبو العباس الحسني،ت: ٣٥٢	٨٠	٢١٤	عبد الرحمن الجوزي ت:٥٩٧ه	٨٤٤
٣٣	الروياني ت٤٥٠هـ	٧٥	٢١٥	عبد الرحمن بن عوف ت:٣٢هـ.	٢٠٩
٣٤	الأذرعي ت ٧٨٣هـ.	٣٧٣	٢١٦	عبد الرحمن بن مندة ت: ٤٧٠ ه	٥٩٦
٣٥	أبو العباس أحمد الطبري ت: ٦٩٤ هـ.	٦٧٨	٢١٧	عبد الرزاق الصنعاني ت:٢١١هـ	١٧٣
٣٦	أبو القاسم الأستاذ البستي ت: في حدود ٤٢٠هـ.	١٦٩	٢١٨	عبد العزى بن عبد المطلب	٤٢٣
٣٧	الرافعي ت:٦٢٣هـ.	٣٠٣	٢١٩	عبد الله الجرجاني،ت: ٣٦٥ هـ	٨٣٧
٣٨	أبو القاسم الزمخشري	٢٩٠	٢٢٠	عبد الله الدواري، ت:٨٠٠هـ.	٨١
٣٩	أبو المعالي ابن الإمام الجويني ت :٤٧٨هـ.	٨٧	٢٢١	عبد الله الشظبى :٩٠٧هـ.	٣٤
٤٠	سليمان بن يسار ت:١٠٧هـ	١٩٥	٢٢٢	عبد الله العلوي،ت:بعد ٩٦٠ هـ	٣٥
٤١	ابن الحداد ت: ٣٤٥هـ.	٦٤٤	٢٢٣	عبد الله الناظرى ت:٩٢٠هـ	٣٤
٤٢	البزار، ت : ٢٩٢هـ.	٨٨٠	٢٢٤	عبد الله بن الحسن أبو محمد،	١٧٨
٤٣	الجصاص ت: ٣٧٠هـ	٧٠٥	٢٢٥	عبد الله بن الزبير بن العوام	٤٢٩
٤٤	الاصم، ت: نحو ٢٢٥ هـ	٨٨٠	٢٢٦	عبد الله بن حنبل الشيباني	٨١٤
٤٥	أبو بكر الغساني ت: ٢٥٦ه	٦٢٥	٢٢٧	عبد الله بن شبرمة ت:١٤٤هـ.	٤٢٦
٤٦	أبو بكر بن المنذر ت:٣٠٩ه	٤٢٦	٢٢٨	عبد الله بن طاووس ت:١٣٢هـ .	٩٩٦
٤٧	أبو بكر بن عياش ت:١٩٣ه	٦٠٨	٢٢٩	عبد الله بن عبد الرحمن، :٢٥٥	٨١٤

٤٨	أبو ثور البغدادي :٢٤٠هـ.	١٥٣	٢٣٠	عبد الله بن عمر ت:٧٤هـ.	٦٧
٤٩	أبو جعفر العلوي ت:١١٤هـ	٧٦	٢٣١	عبد الله بن عمرو ت:٦٩هـ .	٣٤٤
٥٠	أبو حاتم الرازي ت:٢٧٧هـ	٣٨٧	٢٣٢	عبد الله بن لهيعة ت:١٧٤هـ	١٩٨
٥١	الاسفرائيني ت:٤٠٦هـ	٨٩	٢٣٣	عبد الله بن مسعود ت:٣٢هـ.	١٣٩
٥٢	أبو حامد الغزالي ت:٥٠٥هـ	١١٩	٢٣٤	عبد الله بن مغفل ت :٦٠هـ	٥٠٨
٥٣	أبو حذيفة ابن عتبة ت:١٢ه	٤٢٠	٢٣٥	عبد الوارث بن سعيد ت:١٨٠هـ	٥٥٦
٥٤	عمر بن إبراهيم الكردي	٦٢٥	٢٣٦	عبدالعزيز بن محمد ت:١٠١٠ ه	١٧
٥٥	أبو حميد الساعدي،ت:٦٠هـ	١٢٢٢	٢٣٧	عبدالله بن إدريس ت: ١٩٢ هـ.	٢٦٧
٥٦	أبو داود ت:٢٧٥هـ	٦٧	٢٣٨	عبدالله بن جعفر ت:٨٠هـ.	٣٤٢
٥٧	أبو زكريا النووي ت:٦٧٦ه	٧٥	٢٣٩	عبدالله بن دينار ت: ١٢٧هـ.	٣٠٣
٥٨	الاصطخري،ت: ٣٢٨	٨٠	٢٤٠	عبدالله بن عباس ت:٧٠هـ	٦٩
٥٩	أبو سفيان بن الحارث ت:٢٠	٣٨١	٢٤١	عبيد أبو صالح مولى السفاح	٧٧٠
٦٠	أبو سلمة ابن عبد الاسد	٤٢٣	٢٤٢	عبيد بن عمير،ت: ٨٠هـ	٥٧٣
٦١	داود الظاهري، ت:٢٧٠هـ	١٨٢	٢٤٣	عبيدالله الكرخي، ت: ٣٤٠ هـ.	٨٢٤
٦٢	أبو صالح السمان ت:١٠١ه	٣٨٧	٢٤٤	عبيدالله بن الحسن ت: ١٦٨هـ	١١٩١
٦٣	أبو طالب يحيى،ت:٤٢٤هـ	٧٤	٢٤٥	عبيدالله بن عمر ت: ٣٧ هـ	١٠١٨
٦٤	أبو طيبة الحجام	٤١٠	٢٤٦	عبيدة السلماني ت (٧٢هـ).	٥٠٣
٦٥	أبو عبد الله المرّاكشي.	٣٨٨	٢٤٧	عثمان البتي ت(١٤٠هـ).	٢٧٣
٦٦	أبو عبد الله الداعي ت:٣٥٠	١٥٧	٢٤٨	عروة بن الجعد الأزدي .	٥٣٠
٦٧	البخاري ت: ٢٥٠هـ	٩٠	٢٤٩	عروة بن الزبير ت:٩٢هـ .	٩٩٥
٦٨	أبو عبيد القاسم ت:٢٢٤هـ	١٣١	٢٥٠	عز الدين بن الحسن ت ٩٠٠ ه	٢
٦٩	أبو علي الطبري، ت:٣٥٠ه	٨٤	٢٥١	العصيفري ت في[ق ٧هـ] .	٣٦٨
٧٠	أبو علي الفارقي الحسن	٨١٨	٢٥٢	عطاء بن أبي مسلم ت: ١٣٥هـ.	٦٠٩
٧١	المروروذي ت: ٤٦٢هـ	٦١١	٢٥٣	عطاء بن يسار ت(١٠٣هـ)	٧٠
٧٢	الترمذي،ت (٢٧٩هـ).	٧٦	٢٥٤	عطية النجراني، ت(٦٦٥هـ).	١٠٦
٧٣	أبو مضر. شريح بن المؤيد	٨١	٢٥٥	عقبة بن الحارث بن عامر .	٤٣٩
٧٤	أبو موسى الأشعري .	١٧٨	٢٥٦	عقبة بن عامر الجهني .	٤١٦
٧٥	أبو هريرة ت(٦٠)أو قبلها.	٧٦	٢٥٧	العلاء بن عبد الرحمن الحرقي	١٠١٩
٧٦	أبو يوسف يعقوب ت ١٨٢ه	١٠٤	٢٥٨	علقمة بن وقاص ت:بعد ٨٠هـ.	٦٢٦

٤٩٠	علي السحامي ت: (٦٧٩هـ).	٢٥٩	١٠١٣	أبيض بن حمال المأربى	٧٧
١٥١	علي بن أصفهان في ق ٥ هـ	٢٦٠	١٢٤	أحمد بن أبي الحسن الكني	٧٨
٦٨٠	علي بن العباس ت: ١٤٣هـ	٢٦١	٥٦٥	ابن أبي خيثمة ت:٢٧٩هـ	٧٩
١٢٤	علي بن محمد بن الخليل	٢٦٢	٥٦٦	أحمد بن أيبك .ت:٧٤٩هـ.	٨٠
٩٨٣	عمار بن ياسر ت:٣٧هـ.	٢٦٣	٣٩	أحمد بن أبي الرجال: ١٠٩٢	٨١
٣٦٣	عمارة بن ربيعة الجرمي	٢٦٤	٨٧٩	أحمد التميمي ت: ٣٠٧ هـ	٨٢
١٣٢	عمر بن عبد العزيز ت:١٠١هـ	٢٦٥	٤٥	أحمد بن عيسى ت: ٢٤٠هـ	٨٣
١٢١٨	عَمرة بنت رَواحة	٢٦٦	٧٤	أحمد بن يحيى الهادي	٨٤
٥٥٧	عمرو بن شعيب القرشي.	٢٦٧	١٩٧	الأحنف بن قيس ت(٦٧هـ)	٨٥
٣١١	عويمر بن الحارث العجلانى .	٢٦٨	٨٥	إدريس التهامي ت : ق ٧ ه	٨٦
٣٤٧	فاطمة بنت رسول الله ، المتوفية بعد أبيها بخمسة أشهر أو نحوها.	٢٦٩	١٣٠	الأزرقي الصغير ت:٨٥٠هـ	٨٧
١٢٢٢	فروة بن عمرو ت: ١٢ هـ.	٢٧٠	٥١٢	أسامة بن زيد ت: ٥٤هـ.	٨٨
٢١٧	فُرَيْعَةُ بنت مَالِك	٢٧١	٤٢٩	أسماء بنت أبي بكر ت :٧٣ه	٨٩
٥٩٠	فضالة بن عبيد ت:٥٣هـ .	٢٧٢	٥١٢	أسماء بنت يزيد	٩٠
٣٥	الفقيه عبد الله بن داود الغشمي	٢٧٣	٩٩٦	أسمر بن مضرس الطائي	٩١
٣٥	الفقيه عبد الله بن ناجي	٢٧٤	٦٠٩	الأعمش سليمان ت:١٤٨ هـ	٩٢
٣٤	الفقيه على الشظبى ت:٩٠٧هـ	٢٧٥	٤٣٠	أفلح بن أبي القعيس.	٩٣
١٢٥	الفقيه علي الوشلي ت ٧٧٧هـ .	٢٧٦	١٢٢١	أُكَيْدِرَ دُومَةَ	٩٤
٣٤	الفقيه علي بن صالح العلفى	٢٧٧	١٠٦٤	الأفوه الأودي ت: نحو ٥٠ ق	٩٥
٣٩	الفقيه علي بن عبد الله بن رواع	٢٧٨	١٠١٤	الاقرع بن حابس ت: ١٣ ه	٩٦
٣٤	الفقيه محمد بن ابراهيم الظفارى	٢٧٩	٢٢٣	أم سلمة (ض)- ت(٥٩هـ).	٩٧
٧٩	الفقيه محمد حنش ت(٧١٩هـ) .	٢٨٠	٨٢	سودة بنت زمعة (ض)ت:٥٤	٩٨
٨٠	الفقيه يوسف بن أحمد ت:٨٣٢ ه	٢٨١	٩٠	عائشة (ض)ت:٥٧هـ	٩٩
٦٩	القاسم الرسي ت(٢٤٦هـ	٢٨٢	٧٥٧	ميمونة بنت الحارث ت:٥١ه	١٠٠
٨٣٧	قاسم بن ثابت العوفي ت:٣٠٢ ه	٢٨٣	٢٦٠	أم علقمة مرجانة	١٠١
٨١٤	القاسم بن عبدالرحمن ت:١١٠ه	٢٨٤	٢١٦	أم كلثوم بنت علي بن أبي طالب	١٠٢

١٠٣	أم كلثوم وأمها زينب بنت أبي سلمة بن عبد الأسد.	٤٢٩	٢٨٥	قانصوه الغوري ت: ٩٢٢هـ	٣
١٠٤	أم ورقة ابنت حمزة	٤٢٢	٢٨٦	قبيصة بن ذؤيب ، ت:٨٦هـ	٩٩٦
١٠٥	أم يحيى بنت أبي إهاب .	٤٤٠	٢٨٧	كعب بن مالك الأنصاري ت:٤٠ه	٩٠
١٠٦	أبو الفوارس توران شاه	١٥٥	٢٨٨	لبابة بنت الحارث بن حزن	٤٢٥
١٠٧	الإمام المؤيد بالله يحيى بن حمزة ت(٧٠٥ هـ).	٨٤	٢٨٩	ليث بن أبي سليم ت:١٤٣هـ	١١٠٨
١٠٨	الإمام المتوكل على الله شرف الدين ت:٩٦٥ هـ.	٣٢	٢٩٠	الليث بن سعد ت(١٧٥هـ).	١٧٩
١٠٩	الإمام المنصور بالله	٧٩	٢٩١	المؤيد بالله أحمد الهاروني ت٤١١	٦٩
١١٠	الإمام المهدي ،ت:٨٤٠ هـ	٩٥	٢٩٢	مارية القبطية ت: في خلافة عمر	٥٠٢
١١١	الإمام الهادي ت(٢٩٨هـ)	٥	٢٩٣	مجاهد بن جبر ت(١٠٣هـ) .	٢٣١
١١٢	الإمام زيد ت(١٢٢هـ)	٧٣	٢٩٤	مجد الدين بن بدر الدين يحيى	٨٣٠
١١٣	بلال بن الحارث ت:٦٠هـ		٢٩٥	محمد الفزاري ت: ١٥٥ هـ.	١٠٩١
١١٤	الأمير علي بن الحسين ت في(ق ٧هـ).	٣٦٦	٢٩٦	محمد الزركشي، ت:٧٩٤هـ .	٨١٨
١١٥	ثعلبة بن حاطب الأنصاري	١١١٢	٢٩٧	محمد الزهري ت(١٢٤هـ).	١٩٥
١١٦	أمامة بنت أبي العاص ت (في حدود ٥٠ هـ).	٨٥	٢٩٨	محمد السراجي ت: ٩١٠ هـ.	٢
١١٧	البلقيني، ت (٨٦٥هـ).	٢٧٨	٢٩٩	محمد الشوكاني ت:١٢٥٠	٢٩
١١٨	الجاجرمي ت(٦١٣هـ) .	١١٤	٣٠٠	محمد المرادي ت: بعد ٢٩٠هـ	٦٩٢
١١٩	أم ورقة بنت حمزة	٤٢٢	٣٠١	محمد بن أحمد القاسانى	٨٧٨
١٢٠	الأمير الحسين ت(٦٦٣هـ).	٢٥٤	٣٠٢	محمد بن أحمد بن الحسين .	٦٩٢
١٢١	الأمير المطهر ت: ٩٨٠هـ	٤	٣٠٣	محمد بن أحمد مرغم ت:٩٣١هـ	١٧
١٢٢	الأمير جمال الدين المؤيد	١٠٣٢	٣٠٤	محمد بن الحسن الشيباني ت١٨٧	٨٤
١٢٣	الأوزاعي، ت(١٥٧هـ) .	٢٧٠	٣٠٥	محمد بن ثوبان	١٩٨
١٢٤	أوس بن الصامت بن قيس.	٢٦٤	٣٠٦	محمد بن حبان البستي	٣٦٢
١٢٥	بريرة مولاة عائشة (ض).	٥٥٦	٣٠٧	محمد بن عبد الرحمن البيلماني	٨٣٧
١٢٦	بشر بن غياث،ت: ٢١٨هـ	٥٠٣	٣٠٨	محمد بن عبد الله بن جحش	٧٥٧

١٢٧	البيهقي ت(٤٥٨هـ).	٧٢	٣٠٩	محمد بن علي الضمدي ت:٩٨٨ه	١٨
١٢٨	تقي الدين أبو الحسن على بن عبد الكافي ت(٧٥٦هـ).	٤٦٦	٣١٠	محمد بن عمرو ت:٢٤٤هـ .	٥٦٥
١٢٩	ثابت بن قيس الأنصاري .	١٤٧	٣١١	محمد بن مزاحم ت:٢٠٩هـ .	١١٥٧
١٣٠	جابر بن عبد الله ت :٧٨هـ	١١١٢	٣١٢	محمد بن معرف ت: بعد ٦٥٧هـ	٦٩٠
١٣١	جبير بن مطعم بن عدي بن	١٤٢	٣١٣	محمد بن يحيى	١١٤٦
١٣٢	جعفر الصادق ت(١٤٨هـ)	٧٦	٣١٤	محمد بن يحيى بهران ت:٩٥٧ه	١٥
١٣٣	جميلة بنت أبي بن سلول.	١٤٧	٣١٥	محمد بن يونس ت: ٦٠٨هـ.	٦١٢
١٣٤	جندب بن جنادة أبو ذر.	٤٠٩	٣١٦	محمد" بن الحارث بن زياد .	٨٣٧
١٣٥	حاتم الحملاني ت: ٧٦٥هـ	٤٩٦	٣١٧	مخلد بن حسين ت: ١٩٦هـ.	٥٥٥
١٣٦	حاتم بن أحمد ت:٥٥٦ هـ	٦٤٩	٣١٨	مُذَيْنِب	١١١٠
١٣٧	حاطب بن أبي بلتعة ت: ٣٠	١١١٢	٣١٩	المرتضى القطابرى ت:٩٣١هـ	١٧
١٣٨	الحاكم ت (٤٠٥هـ)	٦٧	٣٢٠	مسروق بن الأجدع ت:٦٢هـ.	١٤٣
١٣٩	حبان بن منقذ الانصاري .	٥٥٩	٣٢١	المسعودي أبو عبد الله المروزي	١٠٢٢
١٤٠	حبيبة بنت خارجة بن زيد	١٢٠٩	٣٢٢	مسلم أبو حسان الأعرج	٧٧٥
١٤١	حرام بن سعد ت:١١٣هـ	٩٦٩	٣٢٣	مسلم بن أبى مسلم ت: ٢٤٠هـ.	٥٥٥
١٤٢	الحسن البصري ت:١١٠هـ	١٣٩	٣٢٤	مسلم بن الحجاج ت:٢٦١هـ.	١٤٢
١٤٣	الحسن بن زياد ت:٢٠٤هـ	٢٦٩	٣٢٥	معاوية بن أبي سفيان ت:٦٠هـ	٥١٢
١٤٤	الحسن بن صالح ت:١٦٧هـ	٢٧٠	٣٢٦	معاوية بن هشام القصار الأسدي	٩٩٦
١٤٥	الحسن الأطروش ت:٣٠٤ه	٦٩	٣٢٧	معمر بن راشد ت: ١٥٣ هـ.	٥٩٦
١٤٦	الحسن الرزيقى ت:٩٦٠ه	١٨	٣٢٨	معمر بن عبد الله بن نافع	٥٧٦
١٤٧	الزعفراني ت: ٢٥٩ه	١١٠٨	٣٢٩	مغلطاى بن قليج ت: ٧٦٢هـ	٩٤٢
١٤٨	الحسين بن علـــي الكرابيـــسي ت(٢٤٥) وقيل ٢٤٨هـ.	٤٢٢	٣٣٠	المقدام بن معديكرب ت: ٩١ ه	٤١٥
١٤٩	الحسين بن مسعود البغوي.	٦١١	٣٣١	مقسم بن بجرة ت:١٠١هـ	١٠٩١
١٥٠	الحسين النحوي ت:٧٩١هـ	٨٠	٣٣٢	المقوقس ملك الاسكندرية ومصر	١٢٢٢
١٥١	الحقيني يحيى بن أحمد	٦٨٧	٣٣٣	موسى الكاظم ت (١٨٨هـ).	٢٧٠
١٥٢	الحكم بن عتيبة ت: ١١٥هـ	٢٢٠	٣٣٤	ميمون بن قيس	٢٩٦
١٥٣	حكيم بن حزام بن خويلد	٤٥٦	٣٣٥	النابغة الذبياني ت: نحو ١٨ ق	٦٥٠

فهرس المفردات الغريبة

فهرس المذاهب والفرق

فهرس الأماكن والبلدان

فهرس المصادر والمراجع

- **-القرآن الكريم**
- **كتب التفسير** :
- -الكشاف عن حقائق التنزيل وعيون الأقاويل في وجوه التأويل لأبي القاسم محمود بن عمر الزمخشري الخوارزمي- دار إحياء التراث العربي – بيروت-تحقيق : عبد الرزاق المهدي.
- -تفسير القرآن العظيم، لإسماعيل بن عمر بن كثير الدمشقي أبو الفداء المتوفى سنة: ٧٧٤ ، - دار الفكر - بيروت - ١٤٠١ هـ.
- -فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير، لمحمد بن علي بن محمد الشوكاني- دار الفكر - بيروت .
- **كتب العقيدة:**
- شرح العقيدة الطحاوية لسفر بن عبدالرحمن الحوالي– بدون ذكر الطبعة.
- شرح العقيدة الواسطية لشيخ الاسلام أحمد بن عبدالحليم بن عبدالسلام ابن تيمية تأليف العلامة محمد خليل هراس- ط٤ / ١٤٢٢هـ -٢٠٠١م –تحقيق علوي عبدالقادر السقاف .
- **كتب الحديث** :
- - الأمالي وتسمى (العلوم) للإمام أحمد بن عيسى بن زيد المتوفى في البصرة سنة ٢٤٠هـ. –بدون ذكر الطبعة .
- - الجامع الصحيح المختصر، لمحمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي المتوفى سنة ٢٥٦هـ ط:دار ابن كثير ، اليمامة – بيروت ط ٣/ ١٤٠٧ – ١٩٨٧م بتحقيق د/مصطفى البغا.
- - الجامع الصحيح مسند الإمام الربيع بن حبيب،للربيع بن حبيب بن عمر الأزدي البصري، -دار الحكمة ،مكتبة الاستقامة - بيروت ،سلطنة عمان - ١٤١٥، ط١، تحقيق: محمد إدريس ، عاشور بن يوسف.
- - المسند لعبدالله بن الزبير أبو بكر الحميدي، دار النشر: دار الكتب العلمية ، مكتبة المتنبي - بيروت ، القاهرة، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي .
- - المعجم الكبير لسليمان بن أحمد بن أيوب أبو القاسم الطبراني المتوفى سنة: ٣٦٠هـ -مكتبة الزهراء - الموصل ط١/ ١٩٨٣- تحقيق: حمدي بن عبدالمجيد .

- - مسند الشهاب لمحمد بن سلامة بن جعفر أبو عبد الله القضاعي- مؤسسة الرسالة – بيروت-ط٢ / ١٤٠٧ – ١٩٨٦ -تحقيق : حمدي بن عبد المجيد السلفي.
- -الجامع الصحيح سنن الترمذي لمحمد بن عيسى الترمذي السلمي المتوفى سنة: ٢٧٩ - دار إحياء التراث العربي - بيروت - -، تحقيق: أحمد محمد شاكر وآخرون
- -الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير لأبي عبد الله محمد بن الحسن الشيباني سنة الولادة ١٣٢/ سنة الوفاة ١٨٩- عالم الكتب-١٤٠٦هـ- بيروت.
- -الجمع بين الصحاح الستة، لرزين بن معاوية الاندلسي المتوفى سنة٥٢٥هـ وقيل سنة ٥٣٥هـ (مخطوط) .
- -الجمع بين الصحيحين البخاري ومسلم لمحمد بن فتوح الحميدي، - دار ابن حزم - لبنان/ بيروت - ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م، ط ٢، تحقيق: د. علي حسين البواب
- -السنن الكبرى، لأحمد بن شعيب أبو عبد الرحمن النسائي، - دار الكتب العلمية - بيروت - ١٤١١ - ١٩٩١، ط١، تحقيق: د.عبد الغفار البنداري ، سيد كسروي حسن
- -العجالة في الأحاديث المسلسلة - لأبي الفيض محمد ياسين بن محمد عيسى الفاداني المكي، -دار البصائر - دمشق - ١٩٨٥، الطبعة: الثانية.
- -المختار من صحيح الأحاديث والآثار لمحمد بن يحيى بن حسين الحوثي.-بدون ذكر الطبعة.
- -المراسيل، لسليمان بن الأشعث السجستاني أبو داود، - مؤسسة الرسالة - بيروت - ١٤٠٨، الطبعة: الأولى، تحقيق: شعيب الأرناؤوط.
- -المستدرك على الصحيحين لمحمد بن عبدالله أبو عبدالله الحاكم النيسابوري المتوفى (٤٠٥هـ)- دار الكتب العلمية - بيروت – ط١٩٩٠/١م، ، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا.
- -المصنف، لأبي بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني المتوفى سنة: ٢١١هـ المكتب الإسلامي - بيروت - ١٤٠٣، الطبعة: الثانية، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي
- -المعجم الأوسط لأبي القاسم سليمان بن أحمد الطبراني - : دار الحرمين - القاهرة ، ١٤١٥- تحقيق : طارق بن عوض الله بن محمد ،عبد المحسن بن إبراهيم الحسيني.
- -الْمُعْجَمُ الصَّغِيْرُ لِلطَّبَرَانِيِّ -المكتب الإسلامي ، - بيروت ، عمان - ١٤٠٥ - ١٩٨٥، ط١، تحقيق: محمد شكور محمود الحاج أمرير .
- -المنة الكبرى شرح وتخريج السنن الصغرى للبيهقي تأليف: محمد ضياء الرحمن الأعظمي، - مكتبة الرشد - السعودية/ الرياض - ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م، ط١

- -جامع الأصول في أحاديث الرسول لمجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد الجزري ابن الأثير (المتوفى : ٦٠٦هـ)-تحقيق : عبد القادر الأرنؤوط-مكتبة دار البيان-ط١/ ، ١٩٧٢ م
- -حلية الأولياء وطبقات الأصفياء، لأبي نعيم أحمد بن عبد الله الأصبهاني، -دار الكتاب العربي - بيروت - ١٤٠٥، ط٤: الرابعة
- -سنن ابن ماجه لمحمد بن يزيد أبو عبدالله القزويني المتوفى سنة: ٢٧٥ ط: دار الفكر - بيروت - تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي
- -سنن أبي داود لسليمان بن الأشعث أبو داود السجستاني الأزدي المتوفى سنة: ٢٧٥ ط : دار الفكر - تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد .
- -سنن البيهقي الكبرى لأحمد بن الحسين بن علي أبو بكر البيهقي المتوفى سنة: ٤٥٨ ط: - مكتبة دار الباز - مكة المكرمة – ١٤١٤هـ –بتحقيق محمد عبد القادر عطا.
- -سنن الدار قطني لعلي بن عمر أبو الحسن الدار قطني البغدادي المتوفى سنة: ٣٨٥ط: دار المعرفة - بيروت - ١٩٦٦، تحقيق: السيد عبد الله المدني .
- -سنن الدارمي لعبدالله بن عبدالرحمن أبو محمد الدارمي، - دار الكتاب العربي - بيروت - ١٤٠٧، الطبعة: الأولى، تحقيق: فواز أحمد زمرلي ، خالد السبع العلمي .
- -سنن سعيد بن منصور الخراساني -الدار السلفية - الهند ط١- ١٤٠٣هـ ، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي.
- -شفاء الأوام في أحاديث الأحكام للتمييز بين الحلال والحرام ، للأمير الحسين بن بدر الدين محمد اليحيوي ، المتوفى (٦٦٣هـ) بدون ذكر الطبعة .
- -صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان لمحمد بن حبان بن أحمد أبو حاتم التميمي البستي-ط٢: ١٤١٤ – ١٩٩٣تحقيق : شعيب الأرنؤوط - مؤسسة الرسالة – بيروت.
- -صحيح أبي داود لمحمد ناصر الدين الألباني (المتوفى : ١٤٢٠هـ)- : مؤسسة غراس للنشر والتوزيع ، الكويت _ الطبعة : الأولى ، ١٤٢٣ هـ - ٢٠٠٢ م .
- -صحيح الترغيب والترهيب-لمحمد ناصر الدين الألباني-مكتبة المعارف – الرياض-ط ٥.
- -صحيح مسلم بن الحجاج أبو الحسين القشيري النيسابوري المتوفى سنة ٢٦١هـ - دار إحياء التراث العربي - بيروت، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي.
- -مسند أبي يعلى لأحمد بن علي بن المثنى أبو يعلى الموصلي التميمي- دار المأمون للتراث – دمشق-ط١ ١٤٠٤ – ١٩٨٤ -تحقيق : حسين سليم أسد.

- -مسند الإمام أحمد بن حنبل أبو عبدالله الشيباني المتوفى سنة: ٢٤١ ط: مؤسسة قرطبة /مصر .
- -مسند البزار المسمى (البحر الزخار)، لأبي بكر أحمد بن عمرو بن عبد الخالق البزار،- مؤسسة علوم القرآن ، مكتبة العلوم والحكم - بيروت ، المدينة - ١٤٠٩، الطبعة: الأولى، تحقيق: د. محفوظ الرحمن زين الله.
- -مسند الشافعي، تأليف: محمد بن إدريس أبو عبد الله الشافعي، دار النشر: دار الكتب العلمية - بيروت .
- -مسند زيد بن علي - للإمام زيد بن علي -دار مكتبة الحياة - بيروت - لبنان.
- -مشكاة المصابيح لمحمد بن عبد الله الخطيب التبريزي- المكتب الإسلامي – بيروت- الطبعة : الثالثة - ١٤٠٥ – ١٩٨٥ -تحقيق : تحقيق محمد ناصر الدين الألباني
- -مصنف ابن أبي شيبة : مكتبة الرشد - الرياض - ١٤٠٩، ط١، تحقيق: كمال يوسف الحوت
- -معرفة السنن والآثار عن الإمام أبي عبد الله محمد بن أدريس الشافعي، للحافظ الإمام أبو بكر أحمد بن الحسين البيهقي -دار الكتب العلمية - لبنان/ بيروت - تحقيق: سيد كسروي. حسن.
- -موطأ الإمام مالك -لمالك بن أنس أبو عبدالله الأصبحي المتوفى سنة: ١٧٩ - دار إحياء التراث العربي - مصر - تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي.
- **كتب شروح الحديث** :
- -الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار، تأليف: أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري القرطبي، دار النشر: دار الكتب العلمية - بيروت - ٢٠٠٠م، الطبعة: الأولى، تحقيق: سالم محمد عطا-محمد علي معوض .
- -التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري: ٤٦٣هـ - وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية - المغرب - ١٣٨٧، تحقيق: مصطفى بن أحمد العلوي ،محمد عبد الكبير البكري
- -تفسير سنن أبي داود (معالم السنن) لأبي سليمان الخطابي – بدون ذكر الطبعة.
- -تنوير الحوالك شرح موطأ مالك لعبدالرحمن بن أبي بكر أبو الفضل السيوطي، -: المكتبة التجارية الكبرى - مصر - ١٣٨٩ – ١٩٦٩.
- -سبل السلام شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام لمحمد بن إسماعيل الصنعاني الأمير المتوفى سنة: ٨٥٢ ط:المكتبة الحديثة بتعليق الشيخ محي الدين محمد بعيون.

- -شرح مشكل الآثار، تأليف: أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي، مؤسسة الرسالة - لبنان/ بيروت - ١٤٠٨هـ - ١٩٨٧م، ط١، تحقيق: شعيب الأرنؤوط.
- -عمدة القاري شرح صحيح البخاري، تأليف: بدر الدين محمود بن أحمد العيني، دار النشر: دار إحياء التراث العربي – بيروت .
- -عون المعبود شرح سنن أبي داود لمحمد شمس الحق العظيم آبادي أبو الطيب - : دار الكتب العلمية – بيروت الطبعة الثانية ، ١٤١٥.
- -فتح الباري شرح صحيح البخاري لأحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي المتوفى سنة: ٨٥٢ ط: دار المعرفة - بيروت، تحقيق: محب الدين الخطيب.
- -مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح، علي بن سلطان محمد القاري- دار الكتب العلمية - لبنان/ بيروت - ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م، ط١/ تحقيق: جمال عيتاني
- **كتب التخريج** :
- - صحيح وضعيف سنن ابن ماجة -لمحمد ناصر الدين الألباني-بدون ذكر الطبعة.
- -إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل للشيخ محمد ناصر الدين الألباني – ط:المكتب الإسلامي –بيروت الطبعة ط٢ - ١٩٨٥ .
- -البدر المنير في تخريج الأحاديث والأثار الواقعة في الشرح الكبير لسراج الدين أبي حفص عمر بن علي بن أحمد الأنصاري الشافعي المعروف بابن الملقن، - دار الهجرة - الرياض-السعودية ط١-٢٠٠٤م، ، تحقيق: مصطفى أبو الغيط و عبدالله بن سليمان وياسر بن كمال.
- -التحقيق في أحاديث الخلاف لعبد الرحمن بن علي بن محمد بن الجوزي أبو الفرج المتوفى سنة ٥٩٧ - تحقيق مسعد عبد الحميد محمد السعدني - دار الكتب العلمية _سنة النشر ١٤١٥- بيروت.
- -التلخيص الحبير في أحاديث الرافعي الكبير، تأليف: أحمد بن علي بن حجر العسقلاني المتوفى سنة: ٨٥٢ - المدينة المنورة - ١٩٦٤، تحقيق: السيد عبدالله هاشم اليماني المدني.
- -الدراية في تخريج أحاديث الهداية، لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني أبو الفضل- دار المعرفة - بيروت، تحقيق: السيد عبد الله هاشم اليماني المدني .
- -السلسلة الصحيحة- لمحمد ناصر الدين الألباني-مكتبة المعارف – الرياض.
- -بيان الوهم والإيهام في كتاب الأحكام للحافظ ابن القطان الفاسي أبو الحسن علي بن محمد بن عبد الملك، دار طيبة - الرياض - ١٤١٨هـ-١٩٩٧م، الطبعة: الأولى، تحقيق: د. الحسين آيت سعيد.

- -السلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة وأثرها السيئ في الأمة -لمحمد ناصر الدين بن الحاج نوح الألباني -دار المعارف- : الرياض –ط١ -١٤١٢ هـ / ١٩٩٢ م .
- -صحيح وضعيف الجامع الصغير -لمحمد ناصر الدين الألباني-بدون ذكر الطبعة .
- -صحيح وضعيف سنن أبي داود -لمحمد ناصر الدين الألباني-بدون ذكر الطبعة .
- -صحيح وضعيف سنن الترمذي - لمحمد ناصر الدين الألباني-بدون ذكر الطبعة .
- -صحيح وضعيف سنن النسائي - لمحمد ناصر الدين الألباني-بدون ذكر الطبعة .
- -ضعيف الجامع للشيخ الألباني ط: المكتب الإسلامي بيروت.
- -ضعيف سنن أبي داود للشيخ الألباني ط:المكتب الإسلامي بيروت :لبنان الطبعة الأولى ١٤١٢هـ١٩٩١م بتحقيق زهير الشاويش .
- -مجمع الزوائد ومنبع الفوائد للحافظ نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي المتوفى سنة ٨٠٧هـ. بتحرير الحافظين الجليلين: العراقي وابن حجر -دار الفكر، بيروت، طبعة ١٤١٢ هـ، الموافق ١٩٩٢ ميلادي .
- -نصب الراية لأحاديث الهداية-لعبدالله بن يوسف أبو محمد الحنفي الزيلعي-دار الحديث - مصر ، ١٣٥٧-تحقيق : محمد يوسف البنوري.
- **كتب الفقه (المذهب الزيدي) :**
- - الأزهار في فقه الأئِمة الأطهار للإمام أحمد بن يحيى المرتضى-بدون ذكر الطبعة.
- - التذكرة الفاخرة في فقه العترة الطاهرة للحسن بمن محمد النحوي المتوفى سنة ٧٩١هـ ط١ / مركز التراث والبحوث اليمني – تحقيق حميد جابر عبيد .
- - الرياض الظاهرة على التذكرة الفاخرة للفقيه يوسف بن أحمد الثلائي المتوفى (٨٣٢هـ) (خ) .
- - الغيث المدرار المفتح لكمائم الأزهار من فقه الأئمة الأطهار للإمام المهدي أحمد بن يحيى المرتضى ج٢ المتوفى (٨٤٠هـ)(مخطوط) .
- - المنهج المنير الجامع لفوائد التحرير(خ) لابن معرف .
- - شمس الشريعة لسليمان بن ناصر السحامي (خ).
- -أصول الأحكام الجامع لأدلة الحلال والحرام للإمام المتوكل على الله أحمد بن سليمان المتوفى (٥٦٦هـ) من إصدارات مؤسسة الإمام زيد بن علي الثقافية - عمان –الأردن
- -الأثمار في فقه الأئمة الأطهار (مختصر الأزهار) للامام المتوكل على الله شرف الدين بن شمس الدين(مخطوط) بمكتبة الجامع الكبير بصنعاء برقم (٣٧٦).
- -الأحكام في الحلال والحرام للإمام الهادي إلى الحق يحي بن الحسين بن القاسم بن إبراهيم الرسي، أبو الحسين المتوفى٢٩٨هـ .

- -الإفادة في الفقه للإمام المؤيد بالله أحمد بن الحسين الهاروني، ت (٤١١هـ) (خ).
- -الانتصار على علماء الأمصار للإمام المؤيد بالله يحيى بن حمزة الحسيني المتوفى سنة ٧٤٩ هـ . ط ج١ وج٤ والبقية ما زالت مخطوطة .
- -البيان الشافي المنتزع من البرهان الكافي للقاضي العلامة عماد الدين يحيى بن أحمد بن مظفر -مجلس القضاء الأعلى - مكتبة غمضان -صنعاء -ط١/ ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م.
- -البيان في الفقه المشهور ببيان السحامي .لعلي بن ناصر السحامي.(مخطوط).
- -التاج المُذْهَب لأحكام المَذْهَب للقاضي أحمد بن قاسم العنسي.-بدون ذكر الطبعة.
- -التحرير -للإمام أبي طالب يحيى بن الحسين الهاروني.–بدون ذكر الطبعة .
- -التعليق على اللمع (شرح اللمع) للقاضي عبد الله بن الحسن الدواري المتوفى سنة٨٠٠ هـ(مخطوط).
- -التفريعات لعلي خليل (مخطوط) .
- -التقرير شرح التحرير للأمير الحسين بن محمد ت:٦٦٢هـ(مخطوط).
- -الجامع في الشرح المعروف بشرح القاضي زيد على التحرير للقاضي زيد بن محمد الكلاري من أعلام القرن الخامس الهجري(مخطوط) .
- -الحفيظ في الفقه لإبراهيم بن محمد بن سليمان البوسي المتوفى بعد (٧٤٩هـ).(مخطوط) .
- -الروضة المشهورة في الفقه لمحمد بن سليمان بن أبي الرجال (مخطوط) .
- -الزهور المشرقة على اللمع للفقيه يوسف بن أحمد بن محمد عثمان الثلائي المتوفى سنة ٨٣٢هـ (مخطوط) .
- -الزوايد للشيخ محمد الجيلي الناصري وقد نسبت لأبي جعفر خطأً(مخطوط).
- -الزيادات للمؤيد بالله جمعها الشيخ أبو القاسم بن تال(مخطوط) .
- -الكافي في شرح الوافي لأبي جعفر محمد بن يعقوب الهوسمي(مخطوط).
- -الكواكب النيرة الكاشفة لمعاني التذكرة الفاخرة في فقه العترة الطاهرة للفقيه يحيى بن أحمد بن مظفر(٨٧٥هـ)(مخطوط) .
- -اللمع في فقه أهل البيت للأمير جمال الدين علي بن الحسين، المتوفى (٦٢٧هـ)(مخطوط).
- -المنتخب ويليه كتاب الفنون- مما سأل عنهما القاضي العلامة محمد بن سليمان الكوفي الإمام الهادي إلى الحق يحيى بن الحسين بن القاسم-دار الحكمة اليمانية- الطبعة الأولى ١٤١٤هـ -١٩٩٣م.

- -المنتزع المختار من الغيث المدرار المفتح لكمائم الأزهار في فقه الأئمة الأطهار * انتزعه من هو لكل مبهم مفتاح العلامة أبو الحسن عبد الله بن مفتاح رحمه الله—مكتبة التراث الاسلامي، وفي مقدمته ترجمة رجال شرح الأزهار للعلامة أحمد الجنداري– مكتبة غمضان –صنعاء اليمن .
- -المهذب في فتاوى الإمام المنصور بالله عبدالله بن حمزة عليه السلام. بدون ذكر الطبعة .
- -الوافي في مذهب الهادي يحيى بن الحسين للشيخ علي بن بلال (مخطوط).
- -البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار للإمام أحمد بن يحيى المرتضى - مكتبة اليمن – مكتبة الأندلس وبهامشه جواهر الأخبار والأثار المستخرجة من لجة البحر الزخار لابن بهران.
- -تحرير أبي طالب للإمام أبي طالب يحيى بن الحسين الهاروني -تحقيق محمد يحيى سالم عزان.
- -تعليق ابن أبي الفوارس (مخطوط).
- -تعليق الافادة لابن تال الناصري(مخطوط) .
- -شرح أبي مضر الجامع للجواهر والدرر (مخطوط).
- -شرح الابانة على مذهب الناصرللحق عليه السلام لأبي جعفر محمدبن يعقوب الهوسمي . (مخطوط).
- -شرح الأزهار للعلامة أبو الحسن عبدالله بن مفتاح رحمه الله – مكتبة التراث الاسلامي –اليمن – صعده ط١سنة٢٠٠٣م.
- -شرح التجريد في فقه الزيدية للإمام المؤيد بالله أحمد بن الحسين الهاروني المتوفى (٤١١هـ). تحقيق محمد يحيى عزان و حميد جابر عبيد- مركز البحوث التراث اليمني.
- -شرح الحفيظ ليوسف بن محمد الأكوع (مخطوط) .
- -مجموع علي بن محمد خليل المتوفى في [ق ٥ هـ] (مخطوط) .
- -مذاكرة الدواري للشيخ عطية النجراني. وقيل: لـ (لدواري). (مخطوط) .
- -معيار الأفهام في الكشف من مناسبات الأحكام لعبد الله بن محمد بن أبي القاسم النجري [٨٢٥-٨٧٧ هـ].(مخطوط)
- الياقوتة ليحيى بن الحسين الحسني اليمني المتوفى (٧٢٩هـ)(مخطوط) .

- **كتب المذهب الحنفي** :
- - النتف في الفتاوى، لأبي الحسن علي بن الحسين بن محمد السغدي، - دار الفرقان / مؤسسة الرسالة - عمان الأردن / بيروت لبنان - ١٤٠٤ - ١٩٨٤، ط٢، تحقيق: المحامي الدكتور صلاح الدين الناهي
- - الهداية شرح البداية لأبي الحسن علي بن أبى بكر المرشداني المرغيناني المتوفى سنة ٥٩٣هـ ط: دار الكتب العلمية بيروت ط١ ١٤١٠هـ/١٩٩٠م
- -الاختيار لتعليل المختار لعبد الله بن محمود المتوفى سنة ٦٨٣هـ ط: دار الكتب العلمية –بيروت –لبنان
- -البحر الرائق شرح كنز الدقائق. تأليف: زين الدين ابن نجيم الحنفي، - دار المعرفة - بيروت، الطبعة: الثانية .
- -العناية شرح الهداية -لمحمد بن محمد محمود أحمد الرومي البابرتي الحنفي-بدون ذكر الطبعة .
- -اللباب في شرح الكتاب لعبد الغني الغنيمي الدمشقي الميداني - دار الكتاب العربي- تحقيق- محمود أمين النواوي .
- -المبسوط للسرخسي. تأليف: شمس الدين السرخسي، -: دار المعرفة – بيروت.
- -المحيط البرهاني للإمام محمود بن أحمد بن الصدر الشهيد النجاري برهان الدين مازه - : دار إحياء التراث العربي.
- -بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، لعلاء الدين الكاساني المتوفى سنة ٥٨٧هـ دار الكتاب العربي - بيروت - ١٩٨٢، الطبعة: الثانية.
- -تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق لفخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي.-دار الكتب الإسلامي. ١٣١٣هـ. -القاهرة.
- -تحفة الفقهاء لعلاء الدين السمرقندي المتوفى سنة ٥٣٩هـ - دار الكتب العلمية - بيروت - ١٤٠٥ - ١٩٨٤، الطبعة: الأولى
- حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبو حنيفة، لابن عابدين، - دار الفكر للطباعة والنشر. - بيروت. - ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م.
- -درر الحكام شرح مجلة الأحكام، لعلي حيدر، - دار الكتب العلمية - لبنان / بيروت، تحقيق: تعريب: المحامي فهمي الحسيني.
- -رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار لمحمد أمين الشهير بابن عابدين المتوفى ١٠٨٨هـ ط: دار الكتب العلمية – الأولى ١٤١٥هـ١٩٩٤م .

- -شرح فتح القدير لكمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي، - دار الفكر - بيروت، الطبعة: الثانية .
- -مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، لعبد الرحمن بن محمد بن سليمان - دار الكتب العلمية - لبنان/ بيروت - ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م، ط١، تحقيق: خليل عمران المنصور
- -مختصر القدوري في الفقه الحنفي - لأحمد بن محمد البغدادي الحنفي القدوري بدون ذكر الطبعة.
- **كتب المذهب المالكي** :
- -البهجة في شرح التحفة –لأبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي-دار الكتب العلمية - لبنان / بيروت- ١٤١٨ هـ م-ط١ تحقيق: محمد عبد القادر شاهين .
- -التاج والإكليل لمختصر خليل، تأليف: محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري أبو عبد الله- دار الفكر - بيروت - ١٣٩٨، الطبعة: الثانية.
- -التلقين، تأليف: عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي المالكي أبو محمد، - المكتبة التجارية - مكة المكرمة - ١٤١٥، ط١، تحقيق: محمد ثالث سعيد الغاني .
- -الثمر الداني في تقريب المعاني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني،لصالح عبد السميع الآبي الأزهري، -: المكتبة الثقافية – بيروت.
- -الشرح الكبير لسيدي أحمد الدردير أبو البركات المتوفى ١٢٠١هـ ط: دار الفكر بيروت بتحقيق محمد عليش .
- -الفواكه الدواني على رسالة أبي زيد القيرواني لأحمد بن غنيم النهراوي المتوفى سنة ١١٢٥ -دار الفكر - بيروت - ١٤١٥.
- -القوانين الفقهية لمحمد بن احمد بن جزي الكلبي الغرناطي المتوفى سنة ٧٤١.
- -الكافي في فقه أهل المدينة لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر القرطبي - دار الكتب العلمية - بيروت - ١٤٠٧، الطبعة: الأولى.
- -المدونة الكبرى للامام مالك بن أنس، -دار صادر – بيروت .
- -بداية المجتهد ونهاية المقتصد لمحمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي أبو الوليد، المتوفى سنة: ٥٩٥ -: دار الفكر - بيروت.
- -تهذيب مسائل المدونة المسمى التهذيب في اختصار المدونة لأبي سعيد خلف بن أبي القاسم القيرواني البراذعي [من علماء القرن الرابع الهجري]تحقيق وتعليق أبو الحسن أحمد فريد المزيدي .
- -جامع الأمهات لجمال الدين أبو عمرو عثمان بن عمر ابن أبي بكر المشهور بابن الحاجب الكردي المالكي .-بدون ذكر الطبعة .

- -حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لمحمد بن عرفة الدسوقي المتوفى سنة ١٢٣٠هـ :ط: تأليف: محمد عرفه الدسوقي،- دار الفكر - بيروت، تحقيق: محمد عليش .
- -حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني لرسالة أبي زيد القيرواني لعلي بن أحمد بن مكرم الله الصعيدي العدوي المالكي المتوفى سنة ١١٨٩م ط: دار الكتب العلمية بيروت –لبنان الطبعة الأولى ١٤١٧هـ١٩٩٧م .
- -شرح مختصر خليل للخرشي دار الفكر للطباعة – بيروت .
- -منح الجليل شرح على مختصر سيد خليل لمحمد عليش.- دار الفكر - ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م.-بيروت .
- -مواهب الجليل شرح مختصر خليل لمحمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب الرعيني المتوقي سنة ٩٥٤هـ - دار الفكر - بيروت - ١٣٩٨، ط: ٢.
- **كتب المذهب الشافعي** :
- - أسنى المطالب في شرح روض الطالب لشيخ الإسلام / زكريا الأنصاري- دار الكتب العلمية - بيروت - ١٤٢٢ ه – ٢٠٠٠-ط١-تحقيق : د . محمد محمد تامر .
- - التوسط والفتح بين الروضة والشرح للامام شهاب الدين أبي العباس الاذرعي المولود بأذرعات سنة ٨٠٧ المتوفي في خامس عشر جمادى الآخرة سنة ٧٨٣(خ).
- - حاشية قليوبي على شرح جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين لشهاب الدين أحمد بن أحمد بن سلامة القليوبي- دار الفكر- ١٤١٩هـ- ١٩٩٨م-لبنان / بيروت
- - نهاية الزين في إرشاد المبتدئين ، لمحمد بن عمر بن علي بن نووي الجاوي أبو عبد المعطي، -دار الفكر - بيروت، الطبعة: الأولى.
- -الإرشاد للإمام شرف الدين اسماعيل بن أبي بكر الشهير بابن المقري اليمني الشافعي ، المتوفى سنة ٨٣٧هـ دار عمر بن الخطاب –مصر – ط١ ١٤٣٠ه-٢٠٠٩م .
- -الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية لجلال الدين عبد الرحمن السيوطي٩١١ هـ- دار الكتب العلمية بيروت – لبنان.
- -الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع (ج٢/ص٤٤١) لمحمد الشربيني الخطيب، - دار الفكر - بيروت - ١٤١٥، تحقيق: مكتب البحوث والدراسات - دار الفكر .
- -الأم لمحمد بن إدريس الشافعي أبو عبد الله المتوفي سنة: ٢٠٤هـ ط: دار الفكر بيروت: لبنان .
- -التنبيه في الفقه الشافعي -للفيروزآبادي/أبو إسحاق إبراهيم -مكتبة مشكاة الإسلامية.
- -الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني- لعلي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري الشافعي، : دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان -

١٤١٩ هـــ -١٩٩٩ م، ط١، تحقيق: الشيخ علي محمد معوض والشيخ عادل أحمد عبد الموجود.

- -المجموع شرح المهذب لمحي الدين بن شرف النووي أبو زكريا المتوفى سنة ٦٧٦هـــ ط: : دار الفكر - بيروت - ١٩٩٧م.
- -المهذب في فقه الإمام الشافعي، لإبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي أبو إسحاق- دار الفكر – بيروت.
- -تحفة المحتاج إلى أدلة المنهاج، لعمر بن علي بن أحمد الوادياشي الأندلسي، -دار حراء - مكة المكرمة - ١٤٠٦، ط١، تحقيق: عبد الله بن سعاف اللحياني
- -حاشية إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين لشرح قرة العين بمهمات الدين، تأليف: أبي بكر ابن السيد محمد شطا الدمياطي- دار الفكر – بيروت .
- -حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب (التجريد لنفع العبيد) تأليف: سليمان بن عمر بن محمد البجيرمي-المكتبة الإسلامية - ديار بكر - تركيا .
- -حاشية الرملي لأبي العباس أحمد الرملي الأنصاري. –بدون ذكر الطبعة .
- -حاشية الشيخ سليمان الجمل على شرح المنهج (لزكريا الأنصاري)، لسليمان الجمل، - دار الفكر - بيروت .
- -دليل المحتاج شرح المنهاج للإمام النووي لفضيلة الشيخ رجب نوري مشوح .
- -روضة الطالبين وعمدة المفتين، للإمام النووي،-المكتب الإسلامي - بيروت - ١٤٠٥، الطبعة: الثانية .ط: دار الكتب العلمية- بيروت – لبنان ١٤١٢/١٩٩٢م بتحقيق الشيخ عادل محمد عبد الموجود والشيخ علي محمد معوضه .
- -شرح البهجة الوردية لعمر بن الوردي –بدون ذكر الطبعة .
- -شرح المحلي على المنهاج-شرح العلامة جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين في فقه مذهب الإمام الشافعي للشيخ أبي زكريا يحيى بن شرف النووي-بدون ذكر الطبعة.
- -غاية البيان شرح زبد ابن رسلان-لمحمد بن أحمد الرملي الأنصاري-المتوفى ١٠٠٤هـــ-دار المعرفة- بيروت.
- فتاوى القاضي حسين بن محمد المروروذي المتوفى سنة ٤٦٢هـــ (مخطوط).
- -فتح الجواد بشرح الارشاد لأبي العباس أحمد شهاب الدين بن حجر الهيتمي الشافعي -مطبعة البابي الحلبي بمصر – ١٣٧٤هـــــ
- -فتح العزيز شرح الوجيز وهو الشرح الكبير للامام ابي القاسم عبد الكريم بن محمد الرافعي المتوفى سنة ٦٢٣ هـ.. - دار الفكر.

- -فتح المعين بشرح قرة العين لزين الدين بن عبد العزيز المليباري، -: دار الفكر – بيروت .
- -فتح الوهاب لزكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري أبو يحيى المتوفي سنة ٩٢٦هـ - دار الكتب العلمية ط١/ ١٤١٨- بيروت- .
- -مختصر المزني - الأم، تأليف: محمد بن إدريس الشافعي أبو عبد الله، دار النشر: دار المعرفة - بيروت - ١٣٩٣، الطبعة: الثانية .
- -مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، لشمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني . دار النشر: دار الفكر – بيروت.
- -نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج لشمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملي الشهير بالشافعي الصغير.-المتوفى ١٠٠٤هـ. - دار الفكر -١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م. - بيروت .
- **كتب المذهب الحنبلي** :
- - الفروع وتصحيح الفروع، تأليف: محمد بن مفلح المقدسي أبو عبد الله، -: دار الكتب العلمية - بيروت - ١٤١٨، ط١ تحقيق: أبو الزهراء القاضي.
- -الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل . تأليف: علي بن سليمان المرداوي أبو الحسن، -: دار إحياء التراث العربي - بيروت، تحقيق: محمد حامد الفقي .
- -الشرح الكبير لشمس الدين أبي الفرج عبد الحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي المتوفى سنة ٦٨٢هـ توزيع وزارة الشؤون الإسلامية – السعودية ١٤١٩هـ تحقيق الدكتور عبد الله التركي .
- -الكافي في فقه الإمام المبجل أحمد بن حنبل، تأليف: عبد الله بن قدامة المقدسي أبو محمد، دار النشر: المكتب الاسلامي – بيروت.
- -المبدع في شرح المقنع، تأليف: إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح الحنبلي أبو إسحاق، دار النشر: المكتب الإسلامي - بيروت – ١٤٠٠.
- -المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل-لعبد السلام بن عبد الله الحراني-المتوفى ٦٥٢هـ- مكتبة المعارف-سنة النشر ١٤٠٤هـ.
- -المطلع على أبواب المقنع لمحمد بن أبى الفتح ط: دار الكتب الإسلامي –بيروت ١٤٠١هـ بتحقيق محمد بشير الأدلبي .
- -المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، تأليف: عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي أبو محمد، دار النشر: دار الفكر - بيروت - ١٤٠٥، الطبعة: الأولى.

- -كشاف القناع عن متن الإقناع لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتي، دار الفكر - بيروت - ١٤٠٢، تحقيق: هلال مصيلحي مصطفى هلال
- -مسائل الإمام أحمد بن حنبل وابن راهويه لإسحاق بن منصور بن بهرام المروزي- ت:٢٥١هـ تحقيق خالد بن محمود الرباط - وئام الحوشي - د. جمعة فتحي - :دار الهجرة سنة النشر ١٤٢٥ هـ -٢٠٠٤ م الرياض / السعودية.
- **كتب المذهب الظاهري** :
- -المحلى شرح المجلى، لعلي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري أبو محمد، - دار الآفاق الجديدة - بيروت، تحقيق: لجنة إحياء التراث العربي.
- **كتب الإمامية** :
- الخلاف في الفقه للإمام أبي جعفر بن علي الطوسي ط٢/ مطبعة تابان بطهران .
- شرائع الإسلام في مسائل الحلال لجعفر بن الحسن الهذلي - مؤسسة مطبوعاتي إسماعليان.
- **كتب الفقه العام** :
- - الموسوعة الفقهية الكويتية - إصدار وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية – الكويت – ط٢ / ١٤٠٤ - ١٤٢٧ هـ .
- -فتاوى ابن الصلاح-لعثمان بن عبد الرحمن المعروف بابن الصلاح -المتوفى ـ ٦٤٣ هـ بدون ذكر الطبعة .
- -مختصر اختلاف العلماء للجصاص- لأحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي- دار البشائر الإسلامية - بيروت - ١٤١٧، الطبعة: الثانية، تحقيق: د. عبد الله نذير أحمد.
- **كتب أصول الفقه** :
- -أَنْوَارِ الْبُرُوقِ فِي أَنْوَاءِ الْفُرُوقِ لِلْعَلَّامَةِ شِهَابِ الدِّينِ أَبِي الْعَبَّاسِ أَحْمَدَ بْنِ إدْرِيسَ الصِّنْهَاجِيِّ الْمَشْهُورِ بِالْقَرَافِيِّ. -بدون ذكر الطبعة .
- **كتب التاريخ والسير**:
- أسد الغابة لعز الدين أبو الحسن علي بن محمد الجزري المعروف بابن الأثير. – بدون ذكر الطبعة .
- -البداية والنهاية لإسماعيل بن عمر بن كثير أبو الفداء - مكتبة المعارف – بيروت.
- -الكامل في التاريخ لابن الأثير – بدون ذكر الطبعة .
- أوراق في تاريخ اليمن وآثاره للدكتور يوسف محمد عبدالله -دار الفكر المعاصر – بيروت – لبنان ط٢ ١٤١١هـ ١٩٩٠م

- بلوغ الارب في معرفة أحوال العرب لمحمد شكري البغدادي – دار الكتب العلمي – بيروت
- بلوغ المرام في شرح مسك الختام فيمن تولى ملك اليمن من ملك وإمام للقاضي حسين بن أحمد العرشي – دار إحياء التراث العربي – بيروت – لبنان
- -تاريخ الأمم والرسل والملوك لمحمد بن جرير الطبري أبو جعفر- دار الكتب العلمية – بيروت -الطبعة الأولى ، ١٤٠٧.
- -تاريخ مدينة دمشق لأبي القاسم علي بن الحسن الشافعي-تحقيق محب الدين أبي سعيد عمر بن غرامة العمري- دار الفكر -ط١/١٩٩٥م- بيروت
- الثناء الحسن على أهل اليمن لمحمد بن عبدالملك المروني- دار الندى – بيروت – لبنان الطبعة الثانية ١٤١١هـ ١٩٩٠م
- الحياة الاجتماعية في اليمن في عصر الدولة الرسولية رسالة ماجستير لطه حسين عوض .
- كتاب الحسن بن أحمد الجلال حياته وفكره للدكتور أحمد عبدالعزيز المليكي.
- المدارس الاسلامية في اليمن للقاضي اسماعيل بن علي الأكوع (ص ١٣،ص١٤) مؤسسة الرسالة – مكتبة الجيل الجديد – صنعاء ط٢/ ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م.
- اليمن الخضراء مهد الحضارة للعبيد العراقي تحقيق محمد بن علي الأكوع – اصدارات وزارة الثقافة ١٤٢٥- ٢٠٠٤م
- اليمن في عيون الرحالة للدكتور عبدالرحمن الشجاع –دار الفكر المعاصر – بيروت – لبنان ط ١/ ١٤١٣هـ ١٩٩٣م،
- **- كتب اللغة والمعاجم:**
- -التعريفات لعلي بن محمد بن علي الجرجاني المتوفى سنة: ٨١٦ ط: دار الكتاب العربي بيروت ١٤٠٥هـ الأولى بتحقيق إبراهيم الأبياري .
- - العقد الفريد لأحمد بن محمدبن عبد ربه الأندلسي، -دار إحياء التراث العربي - بيروت /لبنان - ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م، الطبعة: الثالثة .
- - المخصص ــ لأبي الحسن علي بن إسماعيل المعروف بابن سيده-دار إحياء التراث العربي - بيروت - ١٤١٧هـ ١٩٩٦م-ط١-تحقيق : خليل إبراهم جفال.
- - ديوان طفيل الغنوي بدون ذكر الناشر والطبعة .
- -أساس البلاغة للزمخشري – بدون ذكر الطبعة .
- -الأغاني لأبي الفرج الأصبهاني،-دار الفكر - لبنان، تحقيق: علي مهنا وسمير جابر.

- -الصحاح لإسماعيل بن حماد الجوهري (ت٣٩٣هـ)دار العلم للملايين- بيروت.ط٤/١٩٩٠م
- -العين لأبي عبد الرحمن الخليل بن أحمد الفراهيدي-دار ومكتبة الهلال - تحقيق : د.مهدي المخزومي ود.إبراهيم السامرائي .
- -القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً لسعدي أبو جيب ط:دار الفكر –دمشق:ط /٢-١٩٨٨م.
- -القاموس المحيط، تأليف: محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، دار النشر: مؤسسة الرسالة - بيروت
- -المحكم والمحيط الأعظم، لأبي الحسن علي بن إسماعيل بن سيده المرسي، : دار الكتب العلمية - بيروت - ٢٠٠٠م، الطبعة: الأولى، تحقيق: عبد الحميد هنداوي.
- -المحيط في اللغة - للصاحب الكافي الكفاة أب القاسم إسماعيل ابن عباد بن العباس بن أحمد بن إدريس الطالقاني- عالم الكتب - بيروت / لبنان - ١٤١٤هـ -١٩٩٤ م-ط١ تحقيق : الشيخ محمد حسن آل ياسين.
- -المصباح المنير-لأحمد بن محمد بن علي الفيومي المقري- المكتبة العصرية - تحقيق : يوسف الشيخ محمد
- -المعجم الوسيط ــ لإبراهيم مصطفى ــ دار الدعوة-تحقيق: مجمع اللغة العربية.
- -النهاية في غريب الحديث و الأثر، لأبي السعادات المبارك بن محمد الجزري،- المكتبة العلمية - بيروت - ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م، تحقيق: طاهر أحمد الزاوى - محمود محمد.
- -أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء لقاسم بن عبد الله بن أمير علي القونوي- دار الوفاء – جدة-ط١/ ١٤٠٦-تحقيق : د. أحمد بن عبد الرزاق الكبيسي .
- تاج العروس من جواهر القاموس-لمحمّد بن محمّد بن عبد الرزّاق الحسيني ،أبو الفيض ، الملقّب بمرتضى ، الزَّبيدي-تحقيق مجموعة من المحققين- دار الهداية.
- -تهذيب الأسماء واللغات لأبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف بن مري بن حسن بن حسين بن حزام ط: دار الفكر –بيروت الطبعة الأولى١٩٩٦م .
- -تهذيب اللغة ــ تأليف أبو منصور محمد بن أحمد الأزهري- دار إحياء التراث العربي- بيروت - ٢٠٠١م -الطبعة : الأولى-تحقيق : محمد عوض مرعب.
- -دستور العلماء أو جامع العلوم في اصطلاحات الفنون للقاضي عبد رب النبي بن عبد رب الرسول الأحمد نكري- دار الكتب العلمية - لبنان / بيروت - ١٤٢١ هـ - ٢٠٠٠ م- الطبعة : الأولى-تحقيق : عرب عباراته الفارسية: حسن هاني فحص .

- -ديوان النابغة الذبياني -بدون ذكر الناشر ولا الطبعة .
- شرح ابن رواع (مخطوط) .
- -شرح لامية العجم لتقي الدين ابي بكر بن عبد الله المعروف بابن حجة الحموي المتوفي سنة ٨٣٧ هـ (مخطوطة) وهي كذلك لعبد القادر بن محمد بن محمد الفيومى المصرى و لصلاح الدين الصفدي المتوفي سنة ٧٦٤ هـ.
- -غريب الحديث لابن سلام –مجلس دائرة المعارف العثمانية- الهند- ط١/ ١٣٨٤ هـ / ١٩٦٤ م.
- -لسان العرب لمحمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري، المتوفى ٧١١هـ، دار صادر - بيروت،الطبعة الأولى .
- -مختار الصحاح-لمحمد بن أبي بكر بن عبدالقادر الرازي المتوفى ٧٢٦هـ - مكتبة لبنان –بيروت-ط١ ، ١٤١٥ – ١٩٩٥-تحقيق : محمود خاطر.
- **كتب التراجم** :
- - أخبار القضاة - لأَبُي بَكْرٍ مُحَمَّدُ بْنُ خَلَفِ بْنِ حَيَّانَ البَغْدَادِيّ، المُلَقَّب بِـ"وَكِيع"(المتوفى سنة ٣٠٦هـ) –حققه وصححه: عبد العزيز مصطفى المراغي - المكتبة التجارية الكبرى- مصر -الطبعة الأولى عام ١٣٦٦هـ-١٩٤٧م .
- - الموسوعة العربية العالمية – بدون ذكر المؤلف والطبعة .
- - توضيح المشتبه في ضبط أسماء الرواة وأنسابهم وألقابهم وكناهم، لابن ناصر الدين شمس الدين محمد بن عبد الله بن محمد القيسي الدمشقي، - مؤسسة الرسالة - بيروت - ١٩٩٣م، ط١، تحقيق: محمد نعيم العرقسوسي .
- - روضة العقلاء ونزهة الفضلاء لمحمد بن حبان البستي أبو حاتم، دار الكتب العلمية - بيروت - ١٣٩٧ - ١٩٧٧، تحقيق: محمد محي الدين .
- -إتحاف ذوي الرسوخ بمن رمي بالتدليس من الشيوخ لحماد بن محمد الأنصاري.
- -إسعاف المبطأ برجال الموطأ .لعبدالرحمن ابن أبي بكر أبو الفضل السيوطي- ط: المكتبة التجارية الكبرى - مصر ، ١٣٨٩ – ١٩٦٩.
- -الاستيعاب في معرفة الأصحاب ليوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر المتوفى سنة: ٤٦٣ ط: دار الجيل –بيروت، ط١/ ١٤١٢هـ بتحقيق علي محمد البجاوي .
- -الأسماء المبهمة في الأنباء المحكمة-للخطيب البغدادي – بدون ذكر الطبعة .
- -الإصابة في تمييز الصحابة لأحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي المتوفى سنة: ٨٥٢ ط: دار الجيل بيروت -الطبعة الأولى ١٤١٢/١٩٩٢م بتحقيق علي البجاوي .

- -الأعلام لخير الدين الزركلي المتوفى ١٣٩٦هـ ط:دار العلم الطبعة الثالثة ١٤٠٤هـ
- -الأنساب - لأبي سعيد عبد الكريم بن محمد بن منصور التميمي السمعاني، -: دار الفكر - بيروت - ١٩٩٨م، الطبعة: الأولى، تحقيق: عبد الله عمر الباروديد ابن منصور التميمي السمعاني.
- -البدر الطالع. بمحاسن من بعد القرن السابع - للإمام محمد بن علي بن محمد الشوكاني المتوفى سنة١٢٥٠ -: دار المعرفة - بيروت .
- -التاريخ الكبير لمحمد بن إسماعيل بن إبراهيم أبو عبدالله البخاري الجعفي المتوفى سنة: ٢٥٦ طبعة دار الفكر بتحقيق السيد هاشم الندوي .
- -الثقات لمحمد بن حبان بن أحمد أبو حاتم التميمي البستي المتوفى سنة: ٣٥٤ ط:دار الفكر الطبعة الأولى١٣٩٥هـ/١٩٧٥م. السيد شرف الدين احمد .
- -الثقات، لمحمد بن حبان بن أحمد أبو حاتم التميمي البستي، - دار الفكر - ١٣٩٥ - ١٩٧٥، الطبعة: الأولى، تحقيق: السيد شرف الدين أحمد.
- -الجداول الصغرى مختصر الطبقات الكبرى . للعلامة عبد الله بن الإمام الهادي الحسن بن يحيى القاسمي١٣٧٥هـ إصدار مؤسسة الإمام زيد بن علي الثقافية .
- -الجرح والتعديل لعبد الرحمن بن أبي حاتم محمد بن إدريس أبو محمد الرازي التميمي المتوفى سنة: ٣٢٧ طبعة دار إحياء التراث العربي بيروت الطبعة الأولى عام ١٩٥٢م .
- -الجواهر المضية في طبقات الحنفية، لعبد القادر بن أبي الوفاء محمد بن أبي الوفاء القرشي أبو محمد-: مير محمد كتب خانه – كراتشي.
- -الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب،لإبراهيم ابن علي اليعمري المالكي صـ ٢١٧ط : دار الكتب العلمية بيروت لبنان .
- -الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي لمحمد بن أحمد بن الأزهر الأزهري الهروي أبو منصور الناشر : وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية – الكويت الطبعة الأولى ، ١٣٩٩تحقيق : د. محمد جبر الألفي .
- -العبر في خبر من غبر لشمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي سنة الولادة ٦٧٣هـ/ سنة الوفاة ٧٤٨هـ تحقيق د. صلاح الدين المنجد –-: مطبعة حكومة الكويت -سنة النشر ١٩٨٤- مكان النشر الكويت.
- -الكاشف في معرفة من له رواية في الكتب الستة – للذهبي -دار القبلة –جدة-الطبعة الاولى ١٤١٣ – ١٩٩٢.

- -المقتنى في سرد الكنى للذهبي - ط١ -١٤٠٨هـ الجامعة الإسلامية بالمدينة. المدينة المنورة/ السعودية. تحقيق : محمد صالح عبد العزيز المراد .
- -الموسوعة الميسرة في الأديان والمذاهب والأحزاب المعاصرة - للندوة العالمية للشباب الإسلامي-إشراف وتخطيط ومراجعة: د. مانع بن حماد الجهني- دار الندوة العالمية. .
- -الوافي بالوفيات لصلاح الدين خليل بن أيبك الصفدي، - دار إحياء التراث - بيروت - ١٤٢٠هـ- ٢٠٠٠م، تحقيق: أحمد الأرناؤوط وتركي مصطفى.
- -إيضاح الإشكال لمحمد بن طاهر بن علي المقدسي أبو الفضل _سنة الولادة ٤٤٨/ سنة الوفاة ٥٠٧- تحقيق د. باسم الجوابرة-مكتبة المعلا- ١٤٠٨- الكويت .
- -تذكرة الحفاظ - تأليف: أبو عبد الله شمس الدين محمد الذهبي، -: دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة: الأولى .
- -تسمية من روى عن الإمام زيد بن علي عليه السلام من التابعين لمحمد بن علي بن عبد الرحمن العلوي.-بدون ذكر الطبعة .
- -تقريب التهذيب لأحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي المتوفى سنة: ٨٥٢ ط: دار الرشيد : سوريا الأولى: ١٤٠٦ – ١٩٨٦بتحقيق :: محمد عوامة .
- -تكملة الإكمال لمحمد بن عبد الغني البغدادي أبو بكر المتوفى سنة ٦٢٩ ط : جامعة أم القرى –مكة المكرمة ط١/ ١٤١٠ هـ بتحقيق د :عبد القيوم عبد رب النبي .
- -تهذيب التهذيب لأحمد بن علي بن محمد ابن حجر العسقلاني ت: ٨٥٢هـ -دائرة المعارف النظامية، الهند ط:١/ ١٣٢٦هـ-دار الفكر- بيروت ط١/ ١٤٠٤ – ١٩٨٤م
- -تهذيب الكمال ليوسف بن الزكي عبد الرحمن أبو الحجاج المزي المتوفى سنة: ٧٤٢ ط: مؤسسة الرسالة: بيروت: ط١/ ١٤٠٠ – ١٩٨٠م بتحقيق د: بشار عواد .
- الجواهر المضية في طبقات الحنفية، تأليف: عبد القادر بن أبي الوفاء محمد بن أبي الوفاء القرشي أبو محمد، دار النشر: مير محمد كتب خانه – كراتشي .
- -رجال مسلم لأحمد بن علي الأصبهاني ط : دار المعرفة بيروت الطبعة الأولى ١٤٠٧هـ تحقيق عبد الله الليثي .
- سمط النجوم العوالي في أنباء الأوائل والتوالي -للعصامي – بدون ذكر الطبعة .
- -سير أعلام النبلاء لمحمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز الذهبي أبو عبد الله المتوفى سنة ٧٤٨ ط: مؤسسة الرسالة : بيروت- لبنان- الطبعة التاسعة ١٤١٣ بتحقيق شعيب الأرناؤوط ومحمد نعيم العرقسوسي .

- -طبقات الحفاظ لعبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي أبو الفضل المتوفى سنة ٩١١ ط: دار الكتب العلمية: بيروت : الطبعة : الأولى ١٤٠٣هـ
- -طبقات الزيدية الكبرى (القسم الثالث) ويسمى بلوغ المراد إلى معرفة الإسناد للسيد العلامة إبراهيم بن القاسم بن المؤيدبالله -إصدار مؤسسة الإمام زيد بن علي الثقافية .
- -طبقات الشافعية الكبرى لتاج الدين بن علي بن عبد الكافي السبكي- هجر للطباعة والنشر والتوزيع - ١٤١٣هـ ط٢/ تحقيق : د. محمود محمد الطناحي ود.عبد الفتاح محمد الحلو .
- -طبقات الشافعية لأبي بكر بن أحمد بن محمد بن عمر بن قاضي شهبة-عالم الكتب- بيروت - ١٤٠٧ هـ ط١ تحقيق : د. الحافظ عبد العليم خان.
- -طبقات الفقهاء الشافعية .تأليف: تقي الدين أبو عمرو عثمان بن عبد الرحمن ابن الصلاح ،- دار البشائر الإسلامية- بيروت –ط١ - ١٩٩٢م ، تحقيق: محيي الدين علي نجيب .
- -طبقات الفقهاء لإبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي أبو إسحاق المتوفى سنة ٤٧٦هـ ط:دار القلم –بيروت :لبنان بتحقيق خليل الميس .
- -طبقات المفسرين لأحمد بن محمد الأدنه وي، - مكتبة العلوم والحكم - السعودية - ١٤١٧هـ- ١٩٩٧م، ط١، تحقيق: سليمان بن صالح الخزي.
- -لوامع الأنوار -لمجدالدين المؤيدي . بدون ذكر الطبعة .
- -مختصر تاريخ دمشق لابن منظور – بدون ذكر الطبعة
- -مشاهير علماء الأمصار لمحمد بن حبان بن أحمد أبو حاتم التميمي البستي المتوفى سنة ٣٥٤ ط: دار الكتب العلمية : بيروت سنة النشر :١٩٥٩ بتحقيق م/ فلايشهمر
- -مشاهير علماء الصحابة للبستي ط: دار الكتب العلمية : بيروت بتحقيق م/ فلايشهمر
- مطلع البدور ومجمع البحور في تراجم رجال الزيدية للعلامة المؤرخ أحمد بن صالح بن أبي الرجال.
- معجم البلدان - لياقوت بن عبد الله الحموي أبو عبد الله- دار الفكر – بيروت.
- -معجم قبائل العرب القديمة والحديثة لعمر رضا - دار العلم للملايين بيروت – ط١٣٨٨/٢ هـ - ١٩٦٨ م .
- -معرفة الثقات لأحمد بن عبد الله بن صالح أبو الحسن العجلي الكوفي- مكتبة الدار - المدينة المنورة-ط١، ١٤٠٥ – ١٩٨٥-تحقيق : عبد العليم عبد العظيم البستوي.
- -مكنون السر في تحرير نحارير السر ليحيى بن محمد بن حسن بن حميد المقرائي – مركز التراث والبحوث اليمني ط١(١٤٢٣هـ ٢٠٠٢م) تحقيق زيد بن علي الوزير.

- -ملحق البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع، لمحمد بن محمد بن يحيى بن زبارة الحسني اليمني الصنعاني،- دار المعرفة – بيروت
- -موسوعة الأعلام - موقع وزارة الأوقاف المصرية .
- -نظم العقيان في أعيان الأعيان -لجلال الدين السيوطي -المكتبة العلمية – بيروت.
- هجر العلم ومعاقله للقاضي اسماعيل بن علي الأكوع دار الفكر المعاصر – بيروت – لبنان –ط١ / ١٤١٦هـ ١٩٩٥م

فهرس الموضوعات